



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

**MASTER EN ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS**

**LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
ADMINISTRATIVA Y SUS EFECTOS EN LA RESOLUCIÓN DE LOS  
CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA**

Tesis presentada por

**ADRIANA VIVAS MONTAÑO**

Para optar al grado académico de master en Derecho

Dirigida por el Profesor Dr. D. Tomàs Font i Llovet

segundo semestre

septiembre, 2017

## **LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA Y SUS EFECTOS EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA**

**RESUMEN:** *El incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato administrativo por parte del contratista constituye una causa para su resolución. Esta extinción anticipada del contrato genera unas consecuencias para las partes, dentro de las cuales, para el contrato de concesión, está la obligación de la Administración de abonar al concesionario el valor de las inversiones efectuadas y no amortizadas durante la ejecución del contrato, en atención a lo dispuesto por los artículos 271.1 y 288.1. del TRLCSP. Este pago se conoce como Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA.*

*El presente trabajo de fin de máster estudia los efectos que tiene para la Administración la ejecución de dicho pago, su procedencia, o no, en los eventos en los que la resolución se origina en causas imputables al contratista, su régimen jurídico actual y las mas recientes modificaciones efectuadas por la Ley 40 de 2015, así como la aplicación de las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación, concretamente, la Directiva 23/2014 que establece una nueva definición del contrato de concesión y establece la asunción del riesgo como su elemento central o característica definitoria.*

**PALABRAS CLAVES:** *Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA, contrato de concesión de obra o servicio público, efectos de resolución del contrato, riesgo y ventura, desequilibrio económico del contrato, Directivas de contratación de la UE, Régimen jurídico, modificación legal, Efectos.*

*A mi madre, por ser mi ejemplo de valentía, fortaleza  
y amor; a mi padre (in memoriam), por enseñarme a  
reír...*

## ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>  | <b>7</b>  |
| 1.1. Planteamiento, objetivos e hipótesis.....   | 7         |
| 1.2. Método de Investigación.....  | 11        |
| 1.3. Plan de trabajo.....  | 12        |
| <br><b>CAPÍTULO I: LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MARCO GENERAL.....</b>   | <b>14</b> |
| <b>2. La resolución de los contratos Administrativos.....</b>  | <b>14</b> |
| 2.1. Definición y marco legal.....   | 14        |
| 2.1.1. La resolución de los contratos como potestad de la Administración.....  | 16        |
| 2.1.2. La resolución del contrato como garantía del interés público.....   | 17        |
| 2.2. Causas de resolución de los contratos administrativos.....  | 18        |
| 2.2.1. Configuración legal.....  | 19        |
| 2.2.2. Configuración contractual.....  | 19        |
| <b>3. La Resolución del contrato generada por el incumplimiento del contratista. Marco general.....</b>  | <b>20</b> |
| 3.1. Causas que originan la resolución de los contratos por incumplimiento del contratista .....   | 20        |
| 3.1.1. Incumplimiento de obligaciones de carácter esencial.....  | 21        |
| 3.1.2. Calificación previa de obligaciones esenciales en el contrato.....  | 22        |
| 3.1.3. La mora en el cumplimiento de los plazos contractuales .....  | 24        |
| <b>4. La resolución del contrato de concesión de obra o servicio público, causas y consecuencias.....</b>  | <b>26</b> |
| 4.1. Efectos de la resolución del contrato.....  | 26        |
| 4.2. Marco Legal.....  | 27        |
| 4.2.1. Causas de resolución del contrato de concesión.....   | 28        |
| <br><b>5. CAPITULO II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA O SERVICIO PÚBLICO Y EL RIESGO COMO UNO DE SUS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS .....</b>             | <b>30</b> |
| 5.1. Notas introductorias.....   | 30        |
| 5.2. Riesgo y ventura como característica determinante del contrato de concesión de obra o servicio público.....                                       | 32        |
| 5.2.1. Definición y antecedentes.....  | 32        |
| 5.3. El rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obra o servicio público. La asunción del Riesgo como elemento definidor..... | 36        |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| 5.3.1.    | Aspectos relevantes de la sentencia RJ/2011/4351. Autopista Madrid Toledo. Solicitud de reconocimiento de desequilibrio económico.....  | 39        |
| 5.3.2.    | Notas relevantes del riesgo como elemento esencial del contrato de concesión.....   | 42        |
| 5.4.      | El riesgo como elemento central del contrato de concesión en el marco de la Directiva 2014/2013/UE. Un cambio radical en el concepto de concesión.....  | 45        |
| 5.4.1.    | Definición del contrato de concesión de obra o servicios.....   | 46        |
| 5.4.2.    | El riesgo y el principio de estabilidad presupuestaria.....   | 48        |
| 5.4.3.    | El riesgo operacional como elemento definidor del contrato de concesión.....  | 49        |
| <b>6.</b> | <b>CAPITULO III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA (RPA). UNA CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA Y DE SERVICIO PÚBLICO.....</b>  | <b>56</b> |
| 6.1.      | El estado de la cuestión.....   | 56        |
| 6.2.      | Importancia de la cláusula de RPA en los contratos de concesión de obra o servicio público.....   | 57        |
| 6.3.      | Evolución histórica.....  | 60        |
| 6.4.      | Antecedentes históricos.....  | 62        |
| 6.5.      | Régimen legal de la RPA, antes de la modificación efectuada por la Disposición Final 9.8 de la Ley 40/2015.....   | 63        |
| 6.5.1.    | La garantía de devolución de las inversiones realizadas por el concesionario desconoce la teoría del riesgo como elemento central del contrato de concesión.....  | 65        |
| 6.5.2.    | En los casos de resolución del contrato por causas imputables al concesionario, el pago por concepto de RPA representa un endeudamiento para la Administración.....   | 67        |
| 6.5.3.    | La constitución de la RPA como garantía para la financiación de los proyectos desplaza a la Administración en su condición de acreedor al momento de resolver anticipadamente el contrato y le impone la carga de la verdadera Responsabilidad Extracontractual Administrativa que se cause a terceros..... | 68        |
| 6.5.4.    | La aplicación de la cláusula de RPA en el curso de la ejecución del contrato como fundamento para su modificación, constituye un desconocimiento de la naturaleza de esta figura a la luz de los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP.....  | 71        |
| 6.6.      | La indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución del contrato de concesión en vigencia de los artículos 271.1 y 288 del TRLCSP.....  | 71        |
| <b>7.</b> | <b>CAPÍTULO IV. MODIFICACIONES EFECTUADAS A LA RPA CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 40/2015, SU INCIDENCIA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN</b>   |           |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>(LCSP) DE NOVIEMBRE DE 2016 y SU ARMONÍA CON LAS</b>  |           |
| <b>DIRECTIVAS DE LA UE.....</b>  | <b>73</b> |
| 7.1. La modificación del apartado 1º del artículo 271 del TRLCSP efectuada por la Disposición Final 9.8 de la Ley 40/2015.....   | 73        |
| 7.2. La aplicación de la RPA con la expedición de los artículos 271 bis, 271 ter y 288 del TRLCSP y el procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios causados a la Administración (artículos 278 y 293 del Proyecto de LCSP de noviembre de 2016)..... | 74        |
| 7.3. Vigencia de la Disposición final novena de la Ley 40 de 2015.....   | 74        |
| <b>8. CONCLUSIONES.....</b>  | <b>82</b> |
| <b>9. BIBLIOGRAFIA CITADA.....</b>   | <b>86</b> |

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1.Planteamiento, objetivos e hipótesis

La contratación pública constituye una herramienta fundamental para el desarrollo de las políticas económicas y sociales de un Estado. A partir de los cambios a los que las nuevas tendencias económicas y sociales han llevado a los países, los procesos de contratación y de colaboración público –privada son cada vez mayores y más necesarios para cumplir con dichas políticas. España no ha sido ajena a estos procesos y parte de los mecanismos con los que se ha hecho frente a la crisis económica de los últimos años, ha sido a través de la contratación estatal<sup>1</sup>.

Estos procesos de contratación han permitido en gran medida la reactivación económica, la reducción del gasto público, como quiera que la financiación de los proyectos, al menos lo que se espera, es asumida por el particular, el cumplimiento de planes y políticas estratégicas para el Gobierno de turno en materia de infraestructura, redes viales, sistemas de comunicación, etc. Adicionalmente, estos avances en materia de infraestructura van de la mano con el cumplimiento de los objetivos de desarrollo trazados por la Unión Europea, por lo que es innegable su importancia desde todo punto de vista<sup>2</sup>.

Sin embargo, la ejecución de estos contratos -sobre todo a partir de la reciente crisis económica<sup>3</sup> a la que, dicho sea de paso, se culpa de muchos desaciertos financieros-, no ha sido pacífica e infortunadamente muchos han tenido que resolverse anticipadamente sin cumplir con el objeto para el que fueron suscritos. Esta extinción anticipada de la relación contractual, además del desgaste administrativo que conlleva, genera consecuencias de todo orden para las partes.

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2016). La problemática de la contratación pública de la crisis. En *El impacto de la crisis en la contratación pública (España, Italia y Francia)*. Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi. (págs. 21-28).

<sup>2</sup> ESTEVE PARDO, J. (2017). *Lecciones de Derecho administrativo* (7a ed.). Madrid, España: Marcial Pons. (págs. 320-321).

<sup>3</sup> ALBATE, D. B.-P. (2015). Tropezando dos veces con la misma piedra: Quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios. *Revista de Economía Aplicada*, XXIII(67), (págs. 131-152).

Estas consecuencias van desde lo económico, administrativo, legal, financiero, técnico y afectan particularmente a la Administración cuando las causas que la generan son imputables al contratista. En efecto, una vez resuelto el contrato la Administración se ve avocada a iniciar un nuevo proceso de contratación, ejecutar las garantías que se hubieran constituido, adelantar litigios en contra del contratista o su garante en los eventos en los que dichas garantías no satisfagan todos daños y perjuicios que se le causaron, retardar la ejecución y entrega de las obras inicialmente contratadas y, particularmente, para los contratos de concesión de obra o servicio público, abonar al concesionario el valor de las inversiones que hubiere realizado durante la vigencia del contrato.

En este contexto, dado el interés particular que se tiene en los temas de contratación estatal y, concretamente, en la resolución de los contratos cuando la causa es el incumplimiento del contratista, se realiza la presente investigación académica con el objetivo principal de determinar cuál o cuáles son las consecuencias de ese incumplimiento, específicamente, al momento de liquidar el contrato, momento en el que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCPS<sup>4</sup>, surge la obligación de la Administración de abonar al concesionario el valor de las inversiones realizadas y no amortizadas, lo que se conoce como pago por concepto de Responsabilidad Patrimonial de la Administración o RPA.

Al respecto, y como marco conceptual, resulta necesario señalar que la mal llamada Responsabilidad Patrimonial de la Administración o RPA<sup>5</sup> -denominación que, valga decir, no tiene una construcción normativa sino más bien dada por la costumbre - aparece en el escenario contractual en los eventos en los que se produce una terminación anticipada del contrato de concesión de obra o servicio. Esta terminación o resolución trae como consecuencia que la Administración al momento de liquidar el contrato deba abonar al concesionario el valor de los bienes o inversiones realizadas y no amortizadas, que sean necesarias para la explotación de la obra y cuya titularidad reposa en la Entidad.

---

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>5</sup> LAVILLA RUBIRA, J. (2013). "Olvidos" del legislador en las sucesivas reformas de la Legislación en materia de contratos del sector público: La experiencia en materia de colaboración público-privada". En *La contratación Pública: problemas actuales*. Madrid, España: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. (págs. 63-67)



Visto en este contexto, la obligación de abonar<sup>6</sup> el importe de las inversiones realizadas pareciera, en principio, lógica, si la resolución del contrato se debiera a causas imputables a la Administración. Sin embargo, tal y como está concebida la norma, se advierte que esta obligación deberá ser satisfecha aun cuando el rompimiento del contrato se haya generado por causas imputables al concesionario.

Si bien es cierto, el artículo 271.4 del TRLCSP señala que en los eventos en que la resolución del contrato se da por causas imputables al contratista, la entidad podrá incautar la fianza y reclamar el pago por concepto de daños y perjuicios que dicho incumplimiento haya podido causarle, lo cierto es que la primera actuación que se surte es la liquidación del contrato de concesión, y es en ese escenario en que el concesionario reclama el pago de la RPA, de suerte que aun cuando se incaute la garantía y se reclame el pago de daños y perjuicios, este procedimiento es posterior a la liquidación y puede ser que, por ejemplo, para las concesiones que están en procesos concursales y que hayan pignorado esta RPA a la entidad bancaria que haya financiado el proyecto, la Administración no logre el resarcimiento de ninguno de los perjuicios que se le causó o estos sean superiores al monto de la fianza, con el agravante adicional de que tendrá que pagar los valores de los perjuicios que se causen, -estos si por Responsabilidad Patrimonial de la Administración-, por el no pago de justiprecios en los procesos de expropiación, terminar las obras inconclusas, asumir el pago de la RPA y constituirse en acreedor del otrora concesionario por el valor de los daños y perjuicios no resarcidos con la fianza incautada.

Por otra parte, también hay que decir que, desde el punto de vista de la financiación de las obras, esta figura de la llamada RPA constituye uno de los grandes activos del sistema concesional español<sup>7</sup> y para el sector financiero es considerada como la principal garantía para la financiación de los proyectos, como quiera que aun antes de que se inicie la ejecución del contrato que se va a financiar, ya se ha pignorado este derecho del

---

<sup>6</sup> artículo 271.1 del TRLCPS.

<sup>7</sup> LAVILLA RUBIRA, J. (2013). "Olvidos" del legislador en las sucesivas reformas de la Legislación en materia de contratos del sector público: La experiencia en materia de colaboración público-privada". En *La contratación Pública: problemas actuales*. Madrid, España: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. (págs. 63-67)

concesionario de reclamar a futuro la RPA. Con todo, las consecuencias desde el punto de vista económico y jurídico de esta pignoración a favor de los bancos no son siempre las más positivas al momento de resolver el contrato anticipadamente, tal y como se indicó en el inciso anterior.

Dicho lo anterior, son varios los interrogantes o hipótesis que se pretende abordar en este trabajo relacionados con la mal llamada Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA y sus posibles escenarios, así: ¿Al generarse la resolución del contrato por causa imputable al contratista, puede hablarse de que efectivamente deba reconocerse por parte de la Administración esta llamada Responsabilidad Patrimonial en aplicación de lo dispuesto por el artículo 271.1 del TRLCSP?, ¿existe o no posibilidad de deducirse de la RPA el valor de los daños y perjuicios que se adeuden por el contratista a la Administración<sup>8</sup>?, ¿Puede hablarse realmente de un verdadero contrato de concesión en el que el *riesgo y ventura* sigan siendo elementos de su esencia<sup>9</sup> cuando, en la práctica, lo que se evidencia es que con la aplicación de la cláusula de RPA el contratista tiene asegurada la recuperación de su inversión aun sin cumplir con el contrato y aun habiendo generado su rompimiento anticipado?

Estas preguntas se pretenden absolver en el marco de los contratos regidos por estas disposiciones, ya que como se verá en el desarrollo del trabajo la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015 introdujo modificaciones que de ante mano se consideran acertadas, pero cuya aplicación, por efectos de vigencia de la Ley, no podrá darse a los contratos que actualmente presentan mayores inconvenientes para la Administración con la aplicación de la RPA.

Así pues, se advierte la necesidad de adelantar la presente investigación académica, no solo por tratarse de un tema de actualidad y relevancia, sino porque es evidente que las consecuencias que se desprenden de esta figura pueden afectar las finanzas de la

---

<sup>8</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (2013). Las garantías de la contratación y las responsabilidades a las que están afectas: Función e incautación. En *La Contratación Pública: Problemas Actuales*. Madrid, España: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. (págs. 205-220).

<sup>9</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2012). Riesgo y Ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011. *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*, (págs. 1313-1331).

Administración, lo que en la práctica significa desconocer el principio de estabilidad presupuestaria de que trata el Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea; asimismo, puede hablarse ya no un beneficio para el estado al trasladar la asunción de riesgos a un tercero a través de la suscripción de un contrato de concesión, sino que, por el contrario, podría terminar invirtiéndose la teoría del *riesgo y ventura*, ya no a cargo del concesionario, sino a cargo del Estado<sup>10</sup>, lo que desconoce, por su parte, el concepto de Riesgo definido por la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión en el marco de la UE.

## **1.2. Metodología de la investigación**

Para efectos de llevar a cabo la presente investigación se utilizará inicialmente el método Analítico a través de la revisión documental de la información que se tiene sobre la resolución de los contratos administrativos cuando el hecho generador de ese incumplimiento es imputable al contratista y a partir de este contexto, los efectos y consecuencias de la aplicación de la cláusula de Responsabilidad Patrimonial de la Administración o RPA, para los contratos de concesión de obra o servicio público. Esta información documental corresponde a las disposiciones normativas de contratación estatal española, proyecto de Ley de reforma al TRLCSP de 2016, Directivas de la Unión Europea, decisiones jurisprudenciales y doctrina que habla sobre la materia.

Una vez analizada la información se utilizará el método Deductivo tomando como punto de partida el concepto general de resolución de los contratos administrativos, para luego analizar los eventos en los cuales ésta se da por casusas imputables al contratista, estudiar las consecuencias y efectos de esa resolución para los contratos de concesión de obra o servicio público, en el contexto de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración que pretende el concesionario, y si efectivamente procede este reconocimiento en los casos en los que esta resolución se da por causas imputables al concesionario.

---

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1950). Riesgo y Ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, (2), (págs. 83-108).

### 1.3. Plan de Trabajo

El presente trabajo se desarrollará en cuatro capítulos con sus correspondientes acápites, desde los que se pretende pormenorizar y analizar el objeto de la investigación, para posteriormente llegar a unas conclusiones frente al tema.

El primer capítulo tiene por objeto efectuar una referencia general a la figura de la resolución de los contratos administrativos como modo de extinción anticipada del contrato en el marco del derecho español, haciendo una mención a la potestad de la administración para tomar esta decisión y cuál es el fin que se pretende. A continuación, se hará mención a cuáles son las causas que originan esta resolución, cuál su configuración legal y contractual.

Para efectos de desarrollar este capítulo, se tomará como fuente inicial las disposiciones consagradas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), concretamente, a lo señalado en el capítulo V “Extinción de los contratos”, en consonancia con lo dispuesto por el Código civil en su Libro Cuarto “De las obligaciones y contratos”. Hechas estas reflexiones generales, se abordará la resolución del contrato de concesión de obra o servicio público, acotando el estudio a los eventos en los cuales esta resolución se origina en el incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

El segundo capítulo se centrará en el estudio del contrato de concesión de obra o servicio público y el riesgo como uno de sus elementos característicos. Para estos efectos, se analizará, con la mayor diligencia posible, el concepto de *riesgo y ventura*, su evolución, notas jurisprudenciales y doctrinales, y su implicación o importancia en los contratos de concesión de obra o servicio público. Asimismo, por ser uno de los hechos generadores de mayores litigios en el marco de los contratos de concesión, se estudiará, en la medida de que la extensión del trabajo lo permita, el rompimiento del equilibrio económico del contrato frente a la asunción del riesgo como elemento determinante. Finalmente, de cara a las disposiciones establecidas en la Directiva 2014/23/UE, cuya aplicación es obligatoria a partir del 16 de abril de 2016, se analizará el cambio sustancial que dicha

disposición supone para la definición del contrato de concesión de obra o servicios y los tipos de riesgos asociados a éste.

El tercer capítulo analizará la RPA como una consecuencia de la resolución del contrato de concesión de obra o de servicio público, su definición, antecedentes, los problemas y posibles riesgos que se advierten con su aplicación desde el punto de vista económico para la Administración. En este capítulo se estudiará el contenido del artículo 271.4 relativo a la indemnización de daños y perjuicios a que tiene derecho la Administración y a la incautación de la garantía en los eventos en que el contrato se resuelva por causas imputables a él y si, en la práctica, esta disposición se aplica en los casos en que previamente y al momento de la liquidación, el concesionario reclama la RPA.

Finalmente, el capítulo cuarto estudiará las modificaciones efectuadas al artículo 271.1 del TRLCSP y la inclusión de los nuevos artículos 271 bis, 271 ter y 288 en la Ley 40/2015, de 1º de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, su vigencia, y armonía con la Directiva 2014/23/2015 de la UE y finalmente, las disposiciones que hablan de la materia en el proyecto de Ley de reforma en materia de contratación.

## **CAPITULO I. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MARCO GENERAL.**

### **2. La resolución de los contratos administrativos**

#### **2.1. Definición y marco legal**

El artículo 19 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP, señala que los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado que se celebren por una Administración Pública, tendrán carácter de contratos administrativos.

Por su parte, el artículo 221 del TRLCSP señala dos formas de extinción de los contratos: el cumplimiento y la resolución. El cumplimiento<sup>11</sup> da cuenta de la ejecución de la totalidad de obligaciones acordadas por las partes y recibidas a satisfacción por la Administración (artículos 209 y 222 *ibidem*) y la resolución por su parte, acogiendo lo dicho por el Tribunal Supremo en sentencia proferida por la Sección 4ª de 21 de junio de 2004,<sup>12</sup> «implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal».

Asimismo, y desde una óptica general del concepto, puede decirse que la resolución del contrato «obedece no a un criterio de legalidad, sino de oportunidad<sup>13</sup>» en tanto permite a cualquiera de las partes poner fin al contrato celebrado por el acaecimiento de alguna circunstancia que produce su insatisfacción respecto de la prestación que esperaba recibir de la otra. Para el caso de los contratos administrativos, esta facultad está radicada en

---

<sup>11</sup> Artículo 222 del TRLCSP. *Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación*. 1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

<sup>12</sup> RJ. 4811.

<sup>13</sup> JIMENEZ APARICIO, E. (2015). Comentarios a la legislación de contratación pública. Pamplona, España: Aranzadi, SA. (págs. 782-784)

cabeza de la Administración como una característica o prerrogativa del órgano de contratación de resolver el contrato y determinar los efectos de dicha resolución.<sup>14</sup>

En el contexto de la Ley civil, el artículo 1124 del Código civil señala que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe», es decir, la resolución del contrato se configura como un medio establecido por la ley que busca proteger al contratante perjudicado por el incumplimiento de su contratista. A este respecto, vale la pena decir que los conceptos de resolución y rescisión que aparecen diferenciados en el Código civil, fueron tomados por el Derecho Administrativo desde los primeros Pliegos para la contratación de obras públicas. Con todo, en la actualidad la legislación administrativa no hace distinción entre estos dos conceptos y se refiere únicamente a la resolución como uno de los modos de extinción de los contratos administrativos. Hasta hace no muchos años, la jurisdicción contencioso-administrativa hacía alusión a estos dos conceptos como modos de extinción de los contratos administrativos, en algunos casos como figuras separadas y, en otros, como sinónimos.

En efecto, puede verse como el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de junio de 1976<sup>15</sup> dispone que, en tanto la resolución del contrato procede «por incumplir su obligación uno de los contratantes», la rescisión se establece «para cuando el cumplimiento de un contrato, formalmente válido y definitivo, produzca lesiones patrimoniales a algunas de las partes». En posición opuesta, por ejemplo, se pueden encontrar sentencias en las cuales el mismo Tribunal se refería a estos dos conceptos de manera indistinta o los considera sinónimos,<sup>16</sup> como en la sentencia proferida por el Tribunal Supremo de 6 de abril de 1987 en la que señala que a la Administración corresponde «la facultad de acordar la resolución o rescisión contractual». Por su parte, autores como GARCIA DE ENTERRÍA E., o GARCÍA-TREVIJANO<sup>17</sup> ponen de presente esta confusión terminológica y sus variadas interpretaciones en el campo del derecho administrativo.

---

<sup>14</sup> Artículo 210 del TRCSP.

<sup>15</sup> RJ 4106.

<sup>16</sup> RJ4240.

<sup>17</sup> GARCIA-TREVIJANO, E. (1996). *La resolución del contrato administrativo de obra*. Madrid, España: Montecorvo, S.A. (págs. 15-20). Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. I). Pamplona, España: Aranzadi, SA. (pág. 803)

Finalmente, y a manera de conclusión, vale decir que tanto la legislación actual, como doctrinariamente se habla de resolución al referirse «a todos los supuestos de extinción anticipada de un contrato administrativo válido»<sup>18</sup>. Sin embargo, aun cuando el concepto parece unificado, lo cierto es que en lo que corresponde a las causas que generan dicha resolución, existen grandes diferencias entre esta institución y la consagrada en el artículo 1124 del Código civil, en la medida en que no resulta sencillo transponer o aplicar con el mismo rasero las causas que originan la resolución del contrato en materia administrativa, dentro de las consagradas en la norma civil<sup>19</sup>.

### **2.1.1. La resolución de los contratos como potestad de la Administración**

El artículo 210 del TRLCSP enumera las prerrogativas con que cuenta la Administración en los contratos administrativos. Dentro de estas prerrogativas se encuentra la de «acordar su resolución y determinar los efectos de ésta». Esta facultad de la administración, a diferencia de lo que sucede en el contrato civil donde la igualdad de las partes y la libertad de pactos son principios básicos, tiene un origen «*ex contractu*», es decir, surge de la condición jurídica misma de la Administración, quien es la única que puede declarar unilateralmente resuelto el contrato, independientemente de que esta decisión surja como una iniciativa propia, o por solicitud del contratista en los eventos en que considere que hay lugar a ello. Con todo, será siempre la Administración la que mediante acto administrativo y previo agotamiento del procedimiento que corresponda, la que decida sobre la procedencia o no de dar por terminado el contrato de manera anticipada.<sup>20</sup>

Esta prerrogativa de poder público con que cuenta la Administración le permite, de manera unilateral y ejecutoria, decidir sobre la perfección del contrato, su validez, interpretación, calificación de sanciones, imposición de multas, su modificación, prórroga y por supuesto estudiar la concurrencia de motivos objetivos que supongan su terminación

---

<sup>18</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. Valladolid, España: Lex Nova. (pág. 32)

<sup>19</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. I). Pamplona, España: Aranzadi, S.A. (pág. 805)

<sup>20</sup> GARCIA-TREVIJANO, E. (1996). *La resolución del contrato administrativo de obra*. Madrid, España: Montecorvo, S.A. (pág. 25)



anticipada, las eventuales responsabilidades del contratista, su liquidación, y la apropiación o devolución de la fianza.<sup>21</sup>

Sin embargo, aun cuando se trata de una facultad unilateral de la Administración, dicha decisión deberá corresponder a lo acordado por las partes en el contrato y lo que en tal sentido disponga la legislación contractual. Esto teniendo en cuenta dos elementos claves: El primero de ellos, por los efectos que esta decisión produce para las partes, para la ejecución y fines mismos del contrato y, el segundo, por cuanto al ser una decisión que se toma mediante un acto administrativo, goza de las características propias que le imprime la Ley, esto es, ejecutividad y presunción de legalidad, lo que le obliga a ajustarse tanto a la Ley como al contrato, en la medida en que esta decisión puede ser objeto de control judicial. Al respecto, la Jurisprudencia ha hablado reiteradamente sobre la atribución unilateral de la Administración y del derecho que subsiste en cabeza del contratista de demandar la legalidad de los actos que se expidan en uso de esta atribución.<sup>22</sup>

Finalmente, debe decirse que, ante el incumplimiento del contratista, la Administración podrá decidir entre la resolución del contrato o continuar con su ejecución, pero imponiendo las sanciones o penalidades que previamente haya establecido en el contrato para estos eventos, siempre teniendo presente que la medida que tome deberá propender por la satisfacción de los intereses públicos y la real ejecución del contrato.

### **2.1.2. La resolución del contrato como garantía del interés público**

Tal y como se indicó en la introducción del presente trabajo, la celebración de un contrato estatal supone la persecución de un fin primordial para el Estado: la protección y satisfacción de los intereses públicos. En este orden de ideas, cuando la administración contrata con un particular, espera que éste ejecute y cumpla con lo acordado y con ello satisfaga o mejore la necesidad que dio origen al negocio jurídico. Esta premisa es

---

<sup>21</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2015). *Curso de Derecho Administrativo ...* (págs.731-732)

<sup>22</sup> En sentencia No. RJ907, de 9 de febrero de 1979, el Tribunal Supremo señaló «el Ente Público, en términos del primero de estos pronunciamientos, goza de la prerrogativa de declararla (la resolución) por sí mismo, sin perjuicio de reservar la última palabra a los Tribunales, en revisión, *a posteriori*, de la declaración unilateral hecha por la Administración».

conocida por el contratista desde la misma etapa precontractual, pues ya desde los Pliegos se evidencia la necesidad que se pretende atender. Así, cuando la administración advierte que la ejecución del contrato no se da en los términos para el que fue suscrito, debe entrar a defender el interés público frente al incumplimiento mediante la resolución del contrato.

Siguiendo lo dicho por BARRERO RODRIGUEZ, C.<sup>23</sup> «la resolución del contrato reprende, desde luego, a quien no ejecuta sus prestaciones en los términos pactados, pero también, y al propio tiempo, tutela la posición jurídica de quien se ve perjudicado por esa conducta; de ahí que el Consejo de Estado mantenga que «los efectos sancionadores deben considerarse en situación de accesoriedad respecto de la función principal de defender el interés contractual frente al incumplimiento mediante la extinción anticipada<sup>24</sup> (...)»

En este sentido GARCIA DE ENTERRÍA E. señala que «la verdadera razón» para que la Administración haga uso de estas prerrogativas frente al contratista «está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los «servicios públicos», cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, (...) debe ésta de atender<sup>25</sup>».

## 2.2.Causas de resolución de los contratos administrativos

Las causas de resolución de los contratos que establece la Legislación administrativa han sido objeto de múltiples clasificaciones o sistematizaciones por parte de la doctrina. Estudiosos del tema como GARCIA DE ENTERRÍA, E., en su *Curso de Derecho Administrativo* las clasifica en cinco grupos<sup>26</sup>; GARCÍA –TREVIANO, E., en *Curso de Derecho Administrativo I* considera que debe hablarse de tres categorías<sup>27</sup>, etc. Para

---

<sup>23</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. (2a ed.) Valladolid, España: Lex Nova. (págs. 35 y 36)

<sup>24</sup> Dictamen de 23 de septiembre de 1983 (expediente No. 45413)

<sup>25</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2015). *Curso de Derecho Administrativo ...* (pág. 732)

<sup>26</sup> «Causas que afectan a la personalidad o a la capacidad del contratista, incumplimiento de éste, incumplimiento de la Administración, modificación, suspensión o supresión del objeto del contrato y mutuo disenso».

<sup>27</sup> «Las causas de resolución en cuanto afectan a la persona o a su solvencia, en cuanto afectan al cumplimiento de sus obligaciones o, finalmente, en cuanto afectan al contenido del contrato».

efectos del presente estudio y, con el fin de acotar el tema objeto de investigación, se hará mención a las establecidas por la Ley y por las partes al momento de celebrar el contrato.

### **2.2.1. Configuración legal**

El TRLCSP señala en su artículo 223 las causas de resolución comunes a todos los contratos administrativos.<sup>28</sup> Por su parte, el artículo 112, numeral 2, literal c.<sup>29</sup> contempla la posibilidad de resolución por demora del contratista en el inicio de la ejecución de los contratos tramitados de urgencia. Otras disposiciones que hacen referencia a la resolución del contrato son los artículos 212 y 213 originada en la ejecución defectuosa y demora del contratista en la ejecución de los trabajos, respectivamente.

Ya de manera particular y frente a cada tipo de contrato, el artículo 237 establece las causas de la resolución para los contratos de obra, el 269 las propias del contrato de concesión de obra pública, el 286 se refiere a las causales para el contrato de gestión de servicios públicos, el 299 las del contrato de suministro y, finalmente, para el contrato de servicios, el artículo 308. Adicionalmente, el artículo 99, numeral 2, contempla la resolución del contrato por no reposición de la garantía, y el artículo 235, numeral 2, por no subsanación de los defectos de ejecución observados.

### **2.2.2. Configuración contractual**

---

<sup>28</sup> «Son causas de resolución del contrato: a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85. b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112. e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8. f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I. h) Las establecidas expresamente en el contrato. i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley».

<sup>29</sup> «c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada».

El principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 25.1 del TRLCSP permite que en los contratos del sector público se incluyan «cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración». Por su parte, el artículo 223, literal h, señala que serán causas de resolución del contrato las expresamente establecidas en éste.

Esta posibilidad de establecer contractualmente otras causas de resolución, surge del principio de la libertad de pactos que señala el artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.»

Por su parte, reiterada jurisprudencia ha declarado que el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye la «lex contractus» con fuerza vinculante para las partes. En lo que tiene que ver con los efectos de la resolución por causas establecidas en el contrato, la norma señala que serán las que allí se hubieran establecido y, en su defecto, se regulará por la normativa administrativa vigente que sea aplicable por analogía. (Art. 112.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RGLCAP-).

### **3. La resolución del contrato generada por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Marco general**

#### **3.1. Causas que originan la resolución de los contratos por incumplimiento del contratista**

El incumplimiento del contrato por parte del contratista constituye un hecho grave que debe ser objeto de sanción por parte de la Administración. Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que se pretende es la garantía del interés público, no cualquier infracción o

incumplimiento del contrato imputable al contratista genera necesariamente su resolución<sup>30</sup>.

Al respecto, el TRLCSP establece en su artículo 223 una regulación general de las causas que originan la resolución de los contratos administrativos. Dentro de estas causas, los literales, d), f) y h) establecen que serán imputables al contratista, las siguientes: «d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112<sup>31</sup>; f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. h) Las establecidas expresamente en el contrato». Esta disposición se complementa con las normas específicas para cada uno de los contratos que regula: obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros y servicios. Para efectos de la presente investigación se hablará de los supuestos consagrados en los citados literales.

### 3.1.1. Incumplimiento de obligaciones de carácter esencial

Mucho antes de la expedición del TRLCSP y de la misma Ley de CSP de 2007, ya se hablaba de esta condición para que procediera la terminación anticipada del contrato. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculó la resolución del contrato administrativo a los incumplimientos de carácter «grave y de naturaleza sustancial»<sup>32</sup>, a los relativos a «las cláusulas esenciales»<sup>33</sup>, a «las obligaciones principales»<sup>34</sup> y, en definitiva, consideró que no bastaba cualquier incumplimiento contractual para que se produjera, *ipso facto*, su resolución, sino que debía ser relevante y afectar la esencia de lo pactado, es decir, que impidiera lograr el fin para el que fue celebrado.

---

<sup>30</sup> ESTEVE PARDO, J. (2017). *Lecciones de Derecho administrativo* (7a ed.). Madrid, España: Marcial Pons. (pág. 345).

<sup>31</sup> «Artículo 112 Tramitación urgente del expediente. 2. Los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades: (...) c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada».

<sup>32</sup> RJ. 4636 del 20 de abril de 1999

<sup>33</sup> RJ. 5903 del STS de 15 de julio de 1988

<sup>34</sup> RJ.3932 del STS del 17 de mayo de 1997

Al respecto SÁNCHEZ MORÓN, M.<sup>35</sup> señala: «conviene subrayar el calificativo de esenciales que la Ley adopta, ya que no todo incumplimiento da lugar a la resolución, sino, tratándose de los imputables al contratista, sólo aquéllos que impidan conseguir adecuadamente el fin del contrato o impidan la buena marcha del mismo y se hayan calificado así previamente». Esta condición de «esencial», ha dicho la Jurisprudencia, constituye un carácter jurídico indeterminado que solo el estudio particular de cada caso y las circunstancias que rodean el incumplimiento permitirá determinar si se trata de tal.

Tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han reiterado que la determinación de las infracciones con efecto resolutorio se haga «ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias»<sup>36</sup>, se tenga en cuenta «el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista»<sup>37</sup> y finalmente «el interés público en el que reside la legitimación de su propio actuar»<sup>38</sup>. De allí se desprende que existe un amplio margen de ponderación con el que cuenta la Administración al momento de establecer si efectivamente la causal de incumplimiento tiene el carácter de «esencial» y, en consecuencia, genera una infracción de las reglas establecidas en el contrato que le permita hacer uso de la potestad administrativa de resolverlo. Esta decisión al ser objeto de control judicial, deberá estar debidamente fundamentada y con los soportes probatorios del caso, con el fin de acreditar que efectivamente se hizo un análisis ponderado de las circunstancias y se interpretó adecuadamente este concepto de carácter esencial.

### **3.1.2. Calificación previa de obligaciones establecidas como esenciales en el contrato**

El artículo 223, literal f, del TRLCSP por su parte, exige que las denominadas obligaciones esenciales estén «calificadas como tales en los pliegos o en el contrato». Esta disposición es precedida por el artículo 115 que en su numeral 2º establece la

---

<sup>35</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012). *Derecho Administrativo Parte General*. (8a ed.)Madrid, España: Tecnos.(pág. 637)

<sup>36</sup> RJ. 9614. Sentencia de 14 de noviembre de 2000

<sup>37</sup> RJ.4240. Sentencia de 6 de abril de 1987

<sup>38</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1191/1993, de 25 de noviembre

obligación de que se incluya en los pliegos «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato».<sup>39</sup> Asimismo, el artículo 26, literal j, ibídem, exige la previsión de los supuestos en los que procede la resolución, entre los que deberán figurar los relacionados con el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales.

Esto significa, que tanto los pliegos de condiciones particulares como el mismo contrato deberán establecer cuáles son estas obligaciones a las que se compromete el contratista. «Sólo así podrá garantizarse a la Administración el ejercicio efectivo de la potestad resolutoria cuando la propia satisfacción del interés general al que responde el contrato lo exija.»<sup>40</sup> Si bien es innegable que la entidad contratante posee un amplio margen de valoración en su determinación de estas obligaciones esenciales, lo que se espera es que esa calificación de esencial deberá reservarse a aquellas obligaciones cuya infracción suponga incumplimientos básicos del contrato.

Frente a este tema y siguiendo lo dicho por BARRERO RODRÍGUEZ C<sup>41</sup>, no existen muchos pronunciamientos de órganos consultivos en los que se haga referencia a esta obligación consagrada en el artículo 206, literal f) de la LCSP de 2007, transpuesta en el artículo 223, literal f, del TRLCSP de incluir dentro de los pliegos o el contrato las denominadas obligaciones esenciales y los efectos que dicha inclusión genera. «Lo que se advierte, por el contrario, es que el órgano consultivo acepte que en el supuesto de hecho sometido a su enjuiciamiento se ha producido el incumplimiento por el contratista de una obligación esencial»<sup>42</sup>, sin hacer referencia a que, de acuerdo con la normativa vigente, no basta solamente con el incumplimiento por parte del contratista de una obligación esencial, sino que se requiere que esté previamente incluida en el pliego o en el contrato.

---

<sup>39</sup> Artículo 115 No. 2 “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. (...)”.

<sup>40</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (mayo-agosto de 2008). La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. *Revista de Administración Pública* (176), (págs. 89-113).

<sup>41</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista...* (pág. 57)

<sup>42</sup> Dictamen del Consejo de Estado 186/2011, de 10 de marzo.

Con todo, vale decir también desde otro ángulo, que aun cuando el artículo 223, literal f) del TRCSP circunscriban la resolución al incumplimiento de las obligaciones calificadas como esenciales en los pliegos o en el contrato, lo cierto es que cuando se presenta un quebrantamiento por parte del contratista de obligaciones legalmente establecidas, la administración podrá hacer uso de la potestad legal que tiene de disponer la resolución del contrato. Es el caso, por ejemplo, del contratista que no ejecuta las obras como lo dispone el artículo 230 *ibidem*<sup>43</sup>, o que cede el contrato desconociendo la normativa al respecto. En estos eventos es claro que aun cuando no se haya establecido en el contrato o en el pliego estas obligaciones como esenciales, su incumplimiento faculta a la administración para resolver el contrato.

### **3.1.3. La mora en el cumplimiento de los plazos contractuales**

La mora en el cumplimiento de los plazos pactados en el contrato para su ejecución es quizá la causa que con mayor frecuencia genera la terminación anticipada del contrato. Este incumplimiento se causa no solo por la no realización del objeto del contrato dentro del plazo estipulado, sino también por el no cumplimiento de los plazos parciales cuando éste se ejecuta de manera sucesiva. Tanto el Tribunal Supremo, como el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos<sup>44</sup> han coincidido en señalar en sus providencias que el incumplimiento de los plazos pactados constituye causal de resolución del contrato. Sin embargo, este incumplimiento no genera, *per se*, su terminación, ya que dentro de las facultades que se le confieren a la Administración está

---

<sup>43</sup> «Artículo 230. Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista. 1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia. 2. Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes. 3. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse».

<sup>44</sup> Sentencias RJ 1841, de 24 de junio de 2002; RJ 2006, 10011, de 30 de noviembre de 2015; Dictámenes del Consejo de Estado Nos. 665/2009, de 28 de mayo, 680/2009, de 10 de junio. Dictámenes de los Consejos consultivos autonómicos como el del Consejo Consultivo de Andalucía 461/2010, de 15 de julio; Consejo Consultivo de Aragón 81/2010, de 13 de julio; Consejo Consultivo de Valencia 615/2009, de 3 de septiembre, entre otros.



la de disponer entre la continuidad del contrato con la imposición de las penalidades al contratista<sup>45</sup>, o bien resolverlo con las consecuencias que esta decisión conlleva.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha decantado mayoritariamente por que no se resuelva el contrato y que se conceda al contratista incumplido una prórroga. Para este órgano consultivo resulta más gravoso para la Administración resolver el contrato e iniciar una nueva licitación, que culminar el que se está ejecutando, así esto implique modificar el calendario previamente establecido extendiendo el plazo.

Dice el Consejo de Estado que esta decisión al final va a repercutir en una mejor protección de los intereses públicos y va a evitar un mayor gasto administrativo para la entidad contratante.<sup>46</sup> Ahora bien, será necesario analizar las circunstancias propias de cada caso, pues solo este análisis permitirá determinar si, efectivamente, se trata de una omisión imputable al contratista y a partir de allí determinar la conveniencia o no de conceder una prórroga o, por el contrario, disponer la terminación anticipada del contrato haciendo uso de la facultad exorbitante de la Administración.

En resumen, puede decirse que, de la lectura y análisis de las normas del TRLCSP relativas a la resolución del contrato, es clara la potestad de la Administración de disponer su resolución una vez se advierte un incumplimiento por parte del contratista en los términos de la norma transcrita. Esta decisión debe analizarse a la luz de las circunstancias que rodearon el incumplimiento, pues la intencionalidad del contratista será un factor determinante al momento de establecer las consecuencias de la resolución, pues es allí donde se hace la valoración de la conducta.<sup>47</sup> En este sentido, se tiene que la norma es

---

<sup>45</sup> El artículo 212.4 del TRCSP establece que «cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción del 0,20 euros por cada mil euros del precio del contrato»

<sup>46</sup> El Tribunal Supremo en sentencia de 14 de diciembre de 2001 (RJ1433) señaló: «La mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo la imposición de penalidades (...)»

<sup>47</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista...* (pág. 68)

objetiva en cuanto a la determinación de la existencia del incumplimiento como causal de resolución del contrato y deja el elemento subjetivo para los efectos de esa decisión.

#### **4. La resolución del contrato de concesión de obra o servicio público, causas y consecuencias**

##### **4.1.Efectos de la resolución del contrato**

En el marco general del derecho, la resolución de los contratos, independientemente de cual sea su causa, trae consigo unas consecuencias para las partes: La primera es desvincularlas de la relación contractual existente, lo que significa el cese de obligaciones recíprocas.

La segunda, es que surge el deber de liquidar el contrato y, como consecuencia de esta liquidación, determinar si hay lugar a reintegrar o restituir a la otra parte por las prestaciones satisfechas. Esta restitución tiene como «objetivo restablecer el equilibrio roto por una transferencia patrimonial injustificada y, en consecuencia, evitar un enriquecimiento injusto de aquél que no ejecutó la prestación a la que se obligó»<sup>48</sup>.

La tercera, hace alusión al derecho que surge para el contratante perjudicado de que se le resarzan los daños y perjuicios que se le hayan podido causar con el incumplimiento de la otra parte. Esto, siguiendo a DIEZ PICAZO L., corresponde al denominado interés positivo, es decir, el derecho que tiene el acreedor de ser colocado en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiese existido el incumplimiento del contrato y este se hubiere ejecutado a cabalidad<sup>49</sup>.

Ahora bien, en el contexto del derecho administrativo, concretamente, en la contratación administrativa, la resolución del contrato tiene como consecuencia, cualquiera que sea la

---

<sup>48</sup> CALATAYUD PRATS, I. (enero de 2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: La liquidación de contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. *Revista General de Derecho Administrativo* (44), (págs. 19-20).

<sup>49</sup> DIEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Patrimonial* (Vol. II). Madrid, España: Civitas. (págs. 787-789).

causa que la haya originado, por un lado, su liquidación y, por otro, en los eventos en los que ésta se da por incumplimiento de alguna de las partes, la indemnización de daños y perjuicios. Adicionalmente, podrá declararse, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso, la inhabilitación del contratista incumplido para contratar posteriormente con la Administración.<sup>50</sup>

## 4.2. Marco Legal

En el contexto general de la resolución de los contratos el artículo 225 del TRCSP establece en sus numerales 3º y 4º<sup>51</sup>, los efectos de dicha resolución, cuando el contrato se resuelve por causas imputables al contratista. Como se advierte de la lectura del numeral 3º, existe una obligación por parte del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados con el incumplimiento del contratista. Esta indemnización de perjuicios se imputará, en primer término, a la garantía que el contratista hubiera constituido para amparar el contrato, sin perjuicio de que, de no cubrir la totalidad de los mismos, deba asumir el coste de estos perjuicios adicionales. Ya desde el siglo XIX<sup>52</sup> donde se habla de un derecho propio para los contratos celebrados por la Administración, aparece la figura de la garantía como un elemento cosustancial al propio concepto de contrato administrativo<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (mayo-agosto de 2008). La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. En *Revista de Administración Pública* (176), (págs. 99-100).

<sup>51</sup> «3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».

«En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable».

<sup>52</sup> El Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que aprueba la Instrucción de Obras Públicas aprobado por la Real Orden de 18 de marzo de 1846, señala en sus artículos 1º y 2º que «Ninguno será admitido en la subasta sin reunir las cualidades necesarias para ejecutar por su cuenta las obras y afianzar la seguridad de su buena construcción». «Terminada la subasta, la persona a cuyo favor haya sido adjudicada la ejecución de las obras, presentará por vía de fianza un veinteavo de su importe, cuya suma se presentará antes de otorgar la escritura (...)».

<sup>53</sup> YÁÑEZ DÍAZ, C. (2013). La garantía definitiva en la legislación de contratos públicos. Su problemática incautación en la doctrina de los Consejos Consultivos. En T. CANO CAMPOS, *La contratación pública: problemas actuales*. Madrid, España: Consejo Consultivo Comunidad de Madrid. (pág. 249).

Al respecto, se ha dicho<sup>54</sup> que la existencia de estas garantías tiene un doble propósito. Por una parte, la imposición a la Administración de unas normas específicas al momento de suscribir un contrato que le permitan adoptar ciertos mecanismos para garantizar su eficacia y, por otra, la vinculación de los contratos al interés público que exige mayores garantías para lograr el cumplimiento de la finalidad para la que fueron celebrados, es decir, la satisfacción del interés general.

#### **4.2.1. Causas de resolución del contrato de concesión**

Ahora bien, para el caso de los contratos de concesión de obra, el artículo 269 del TRLCSP establece las causales de resolución de los mismos, sin embargo, como se advierte de su lectura, no se hace una diferenciación entre aquéllas que puedan ser imputables a la Administración o las que serían de resorte del concesionario, diferencia que, si hace el artículo 225, numerales 3º y 4º. Así, las causales que establece el artículo 269 son:

- «a) La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria.
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- c) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- d) El mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario.
- e) El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.
- f) La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante, la buena gestión de su titular.
- h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público.
- i) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.
- j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.
- k) Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato».

<sup>54</sup>

GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E. (2002). *El régimen de las garantías en la contratación administrativa* (2a edición ed.). Madrid, España: Civitas. (págs. 15-16).

Es el artículo 271.1 del TRLCSP denominado, «Efectos de la resolución», donde se establece normativamente la obligación de la Administración de abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, mal llamada Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA.

Sin embargo, como se verá más adelante, esta disposición no hace ninguna distinción en los eventos en los cuales esta resolución se da por hechos imputables a la Administración, o al concesionario, o se trata de una responsabilidad compartida, sino que simplemente lo establece como una consecuencia propia de la terminación del contrato de manera anticipada.

Sin bien el artículo 271.4 del TRLCSP establece expresamente que, en los eventos en los cuales la resolución del contrato se da por causas imputables al concesionario, «le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada», lo cierto es que al no establecerse un procedimiento conjunto, que permita que una vez resuelto el contrato y efectuada la liquidación del mismo se haga una compensación de la RPA y los perjuicios que se le generan a la Administración con ocasión de la terminación anticipada del contrato por hechos imputables al contratista, terminará siendo la Administración la que asuma las consecuencias negativas de esta resolución, desde el punto de vista económico y legal.

Así pues, efectuadas estas consideraciones iniciales frente a la resolución de los contratos administrativos, su definición, marco legal, causas y efectos consagrados en la norma, es necesario avanzar en el estudio de éstos últimos, concretamente, con la denominada Responsabilidad Patrimonial Administrativa (RPA), eje central de la presente investigación. Para estos efectos, el siguiente capítulo abordará un elemento central que debe considerarse en los contratos de concesión o de obra o servicios: el Riesgo como elemento determinante.

## 5. CAPITULO II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA O SERVICIO PÚBLICO Y EL RIESGO COMO UNO DE SUS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

### 5.1. Notas introductorias

La contratación pública genera una intensa actividad económica y una fuerte transferencia de capital público al sector empresarial privado<sup>55</sup>. Esta contratación, para los proyectos más representativos y de mayor envergadura, se adelanta bajo la figura de contratos de concesión de obra o servicio público, los cuales, de ejecutarse en los términos acordados, dentro de los plazos planteados, etc, generan toda suerte de beneficios para las partes que lo suscriben y más que nada, para los ciudadanos que son finalmente a quienes se dirigen estos contratos. Sin embargo, varias son las razones que pueden llevar a que su ejecución no se desarrolle como lo estimaron las partes al momento de su celebración y deban resolverse anticipadamente.

Estas razones van desde la presentación de ofertas por parte del oferente excesivamente generosas o con exceso de confianza que luego no pueden rentabilizarse; poco o deficiente análisis de los pliegos presentados por la Administración previos a la contratación; imprudente asunción de riesgos que luego no pueden ser asumidos por el concesionario; la crisis económica que, aun cuando ya se ha decantado por la Jurisprudencia no constituye en sí misma un elemento de reequilibrio financiero, si puede dar lugar a que las previsiones iniciales no se cumplan como consecuencia de una menor demanda y mayores costes en la ejecución del contrato,<sup>56</sup> máxime cuando estas previsiones no se han hecho con el debido cuidado.

De parte de la Administración, también debe decirse, en algunos casos falta mayor diligencia y cuidado en la elaboración de los estudios de factibilidad de las obras que se

---

<sup>55</sup> ESTEVE PARDO, J. (2017). *Lecciones de Derecho administrativo* (7a ed.). Madrid, España: Marcial Pons. (págs. 320).

<sup>56</sup> CALATAYUD PRATS, I. (enero de 2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: La liquidación de contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. (...) (pág. 2).

van a contratar; mayor diligencia en la elaboración de los pliegos definitivos de contratación; mayor atención a los principios esenciales de la contratación pública, concretamente, el principio de *necesidad e idoneidad del contrato*<sup>57</sup> que da cuenta de la obligación de la Administración de celebrar los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines institucionales y que tanto el objeto como el contenido de cada contrato corresponda con las necesidades que busca satisfacer.

Así pues, una vez ocurre la resolución del contrato y esta se da por causas imputables al contratista, la Administración se enfrenta a varios escenarios. Por una parte, debe atender las reclamaciones que por supuestos perjuicios en la ejecución del contrato reclama el contratista, sustentados, según señala, en situaciones ajenas a su responsabilidad y que, por tanto, no deben ser asumidos por éste sino por la Administración. (riesgos imprevisibles, fuerza mayor, *factum principis*, *ius variandi*<sup>58</sup>), que según alega el contratista generaron el incumplimiento y que por tanto, no deben ser asumidos por éste sino por la Administración.

Por otra, debe entrar a liquidar el contrato y resolver en esta instancia la solicitud de abono o devolución de la mal llamada RPA que, independientemente de cual sea la causa que generó la resolución del contrato, a la luz de lo dispuesto por los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP, le impone la obligación de abonar al contratista el monto de las inversiones realizadas y no amortizadas al momento de la terminación anticipada del contrato.

Finalmente, debe hacer efectivas las garantías que se constituyeron para amparar el contrato e intentar, en la medida de que sea posible, resarcir con esta fianza los perjuicios causados por el concesionario incumplido.

En el presente capítulo abordaremos el primero de los escenarios, esto es, la reclamación que presentan los contratistas amparados en una presunta responsabilidad de la Administración en el incumplimiento del contrato de concesión y como, a través de esta

---

<sup>57</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017). *Derecho Administrativo Parte General* (13a ed.). Madrid, España: Tecnos. (pág. 608)

<sup>58</sup> PAREJO ALFONSO, L. (2009). *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público* (Vol. 3). Barcelona, España: Bosch. (págs. 1804-1812)

figura, se pretende trasladar esa responsabilidad a la entidad contratante, desconociendo el elemento central del contrato de concesión que es la asunción del riesgo y ventura por parte de quien celebra un contrato con estas características. Valga decir a manera de introducción que existe un criterio uniforme por parte de la Administración en cuanto a que, en la mayoría de casos, los hechos alegados por los contratistas no se enmarcan dentro de los elementos de la responsabilidad estatal, pues la es clara la posición referente a la obligación de asunción del riesgo por parte de quien celebra un contrato de concesión.

## **5.2. Riesgo y ventura como característica determinante del contrato de concesión de obra y de servicio público.**

### **5.2.1. Definición y antecedentes**

La Real Academia Española define la palabra Riesgo como «Contingencia o proximidad de un daño». Ventura, por su parte, hace referencia en sus diversas acepciones a «Contingencia o casualidad», «Riesgo, peligro», «Suceso o lance extraño, aventura». Ahora bien, la expresión Riesgo y Ventura la define la RAE como «Dicho de acometer una empresa o de celebrar un contrato: Sometiéndose a influjo de suerte o evento, sin poder reclamar por la acción de estos»<sup>59</sup>.

En el marco de la contratación estatal, esto se traduce en que los contratos públicos se realizan a riesgo y ventura del contratista y que, por tanto, la obligación de éste es una obligación de resultado y no de medio. Es decir, que le corresponde cumplir el objeto del contrato en los términos convenidos, asumiendo el riesgo de obtener una ganancia –mayor o menor- o de sufrir una pérdida<sup>60</sup>. Por su parte, «la Administración permanece ajena a la suerte o desventura del contratista»<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2014) 23ª edición. Madrid.

<sup>60</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2016). La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico. En *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*. Aranzadi.( pags. 208 y 209)

<sup>61</sup> Para el Consejo de Estado según se recoge en los Dictámenes 1332 y 1333/2012, el *riesgo y ventura* obedece a un triple fundamento: en primer lugar, *el principio de seguridad jurídica*; en segundo lugar, *el principio de concurrencia* y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos y, en tercer lugar, *la protección de los intereses de la hacienda pública*.



Al respecto el Tribunal Supremo ha señalado que la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato como consecuencia del principio de riesgo y ventura del contratista:

«un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación»<sup>62</sup>

Mucho se ha escrito en la doctrina sobre estas figuras como elementos centrales o determinantes del contrato de concesión.<sup>63</sup> Ya desde el siglo XIX se ve como este sistema de contratación se empleaba para la construcción de las grandes obras, como consecuencia de la falta de medios financieros de la corona. Así se lee en el artículo 7º de la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 1845, que señala:

«Las empresas promovidas por particulares, en tanto serán aceptables en cuanto la importancia y vasta extensión de las obras proyectadas exijan considerables sumas que la administración no se halle en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones.» Mediante este sistema la Administración contrataba con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas<sup>64</sup>.

De este sistema de contratación por concesión se ha hecho uso en España desde los tiempos de Carlos III y Fernando VI. Varias cédulas reales recogen pliegos concesionales con los que se ejecutaron las primeras obras de canalización y regadíos.

---

<sup>62</sup> STS de 28 de enero de 2015 [RJ 2015, 2072], F.J.6o.

<sup>63</sup> Ya GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1950). Riesgo y Ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. En *Revista de Administración Pública*(2), pag. 88, señalaba: «En el contrato de obra se produce una particularidad, de la que precisamente debe partirse en esta ocasión: las obligaciones de las partes, y en especial la del contratista, son obligaciones de resultado, concepto que se contapone al de obligación de medio o de actividad. (...) Es decir, que la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual, es que la suerte o la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual. A esta carga propia del contratista llamaremos provisionalmente «riesgo y ventura» del contrato de obra»

<sup>64</sup> ARIÑO ORTIZ, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid, España: INSTITUTO DE ESTUDIOS ADMINISTRATIVOS.(págs 67-69).

Posteriormente, el sistema se utilizó en la construcción de ferrocarriles y en otras obras de envergadura.

En todas estas obras ejecutadas bajo el esquema de la concesión, venía implícito el principio de riesgo y ventura, que se concretaba en la irreversibilidad de las rentas y del canon que han de pagar los usuarios o beneficiarios de la obra, y en asunción del *periculum rei*<sup>65</sup>. En el evento en que hubiera algún accidente o dificultad de la compañía para ejecutar la obra, el contratista podía desistir **sin derecho a remuneración alguna**, salvo que el rey le concediera una compensación mediante una cédula real. En el primer Pliego de condiciones generales para las contratas de las obras públicas de Caminos, Canales y Puertos, aprobado por la real orden de 14 de abril de 1836 se establece que:

«No se concederá al contratista ninguna indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios causados u ocasionados por su negligencia, imprevisión, falta de medios o erradas maniobras. (...) (art. 26)

«No podrá, bajo ningún pretexto de error o de omisión, reclamar en el discurso de la ejecución de las obras aumento de los precios consentidos por él, en atención a que ha debido enterarse exactamente antes, y que se le considera que ha rehecho y verificado los cálculos para la valuación de cada cosa. Pero podrá reclamar si hubiese error en las dimensiones o en la medición de las obras». (art. 13)

En el escenario actual, este principio se mantiene como el rasgo esencial de la contratación estatal y consiste en la transferencia al contratista del riesgo económico en la ejecución del contrato. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) establece en su artículo 215 que:

« La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231<sup>66</sup>, y de lo pactado en las cláusulas de reparto

---

<sup>65</sup> Para cualquier aumento de precio o canon que se quisiera cobrar a los usuarios, era necesario acudir al Consejo del Rey en Sala de Justicia.

<sup>66</sup> Artículo 231. Fuerza mayor. 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado».

Por su parte, el artículo 242 *ibídem*, que corresponde concretamente al contrato de concesión de obra pública, habla igualmente del riesgo y ventura como principio.

Así tenemos que, siguiendo lo dicho por el Tribunal Supremo, la inmutabilidad que impone el *contractus lex* exige que los contratos que se celebran con la Administración lleven implícita la condición de que se ejecutan bajo el principio del riesgo y ventura para el contratista, esto es, que «el contratista conoce como en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso, y corre el albur que todo ello implica sabiendo de su posibilidad y de la esperanza de que no suceda.»<sup>67</sup> Es decir, que «si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados la Administración no podrá reducir el precio mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización»<sup>68</sup>

Ahora bien, aun cuando el principio de riesgo y ventura constituye el elemento característico de los contratos de concesión de obra o servicio, en el contexto del derecho español este principio conlleva algunas excepciones que se orientan a proteger el derecho que les asiste a las partes de no ver afectado el equilibrio económico del contrato y que permiten, en el evento de llegar a acreditarse, restablecer este equilibrio cuando se haya visto afectado por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Este mantenimiento del equilibrio económico debe coordinarse o acompasarse con el principio de riesgo y ventura, con el fin de impedir que esa excepcionalidad – el rompimiento del equilibrio económico-, se constituya en una regla o garantía ordinaria de los intereses del contratista, «a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos

---

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983 (Ar.5207)

<sup>68</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2006 (Ar.285172)

íntegros a la *res pública* en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales.»<sup>69</sup>

### **5.3. El rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obra y servicios público. La asunción del Riesgo como elemento definidor**

Tal y como se mencionó en las notas introductorias de este capítulo, el rompimiento del equilibrio económico del contrato ocurre en la mayoría de casos por la negligencia o el descuido por parte del adjudicatario al momento de estudiar el pliego que le hace realizar una oferta alejada de las circunstancias reales y que de ante mano hacen inviable su rentabilidad. También se puede generar por la asunción desproporcionada de riesgos en el afán de hacerse con el contrato y que luego pretende corregir con modificaciones o solicitudes de reequilibrio financiero imputando dichas pérdidas a actuaciones de la Administración. La crisis económica que trae como consecuencia una baja en la demanda y un aumento de los costes financieros del proyecto, también ha sido un factor reclamado por los contratistas como hecho imprevisible generador de desequilibrio económico.

Ahora bien, la teoría del equilibrio económico del contrato se enfrenta a dos circunstancias en el curso de su ejecución. La primera, dice relación con el principio de la inalterabilidad o inmutabilidad del contrato (principio de *contractus lex*) que en algunos eventos debe ceder a un principio superior que es el logro de la satisfacción del interés público, lo que se traduce en la facultad que tiene la Administración de modificar unilateralmente el contrato (o *ius variandi*<sup>70</sup>). La segunda, tiene que ver con la aplicación del principio del riesgo y ventura que encuentra contrapeso en la cláusula *rebus sic standibus*, que se aplica en el curso de la ejecución del contrato y que garantiza el equilibrio o «equivalencia honesta» de las prestaciones. Esta facultad de modificación

---

<sup>69</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2016). La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico. En *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*. Aranzadi. (pág 213)

<sup>70</sup> La STS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984, 1920) define el *ius variandi* como “una nueva facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación”.

unilateral del contrato o *ius variandi*<sup>71</sup> si bien es tradicionalmente la más importante, no es la única causa que permite al contratista exigir el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, como se verá a continuación.

En efecto, siguiendo la teoría clásica francesa, la legislación española en materia de contratación estatal ha reconocido, además del *ius variandi*, la compensación al contratista por circunstancias imprevisibles al momento de la adjudicación generadas en hechos o decisiones imputables a la Administración y ajenas al contrato (o *factum principis*)<sup>72</sup>, que consiste en la alteración indirecta del contrato generada por medidas administrativas que, aun cuando no pretenden ni modifican el contrato directamente, si inciden en su ejecución haciéndolo más oneroso para el contratista y sin que sea una situación imputable a él.

Igualmente, se ha reconocido la compensación al contratista en los eventos en que el rompimiento del equilibrio del contrato se da por causas externas a las partes, estos dos eventos son la *fuerza mayor* y el *riesgo imprevisible*. La *fuerza mayor* se constituye por factores imprevisibles, anormales al desarrollo del contrato y ajenos al querer del contratista, que además inciden negativamente en su ejecución. Estos factores suponen un exceso de las contingencias propias del riesgo asumido por el contratista<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> El Consejo de Estado en su dictamen 1281/2005, señaló: “Frente a la regla general de la inmutabilidad de los contratos que rigen en el Derecho privado, el Derecho administrativo autoriza a una de las partes –la Administración– para modificar el contrato siempre y cuando lo haga dentro de los límites y con arreglo a los requisitos establecidos en la ley. Esta potestad excepcional conocida con el nombre de *ius variandi*, es una auténtica prerrogativa que sólo podrá ser utilizada por el órgano de contratación cuando concurren dos requisitos que son: la existencia de un interés público en la modificación y que ésta se deba a necesidades nuevas o causas imprevistas que habrán de justificarse en el expediente, necesidades nuevas son las que surgen después de la perfección del contrato; causas imprevistas son las que pudiendo haber sido tenidas en cuenta no lo fueron en la preparación o adjudicación del contrato. (...)”

<sup>72</sup> PAREJO ALFONSO, L. (2009). En *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público* (Vol. 3). Barcelona, España: Bosch, señala lo siguiente: “El Tribunal Supremo define el *factum principis* como una medida político-económica adoptada al margen del contrato, que supone una repercusión indirecta en el ámbito de las relaciones contractuales y que hace en exceso onerosa la prestación del contrato, produciendo un desequilibrio económico en el contratista, pero exigiendo como requisitos para su aceptación, que haya situación de imprevisibilidad, que exista la relación de causalidad y la imposibilidad de la continuación en la gestión del servicio”. STSS de 30 de noviembre de 1982, 2 de noviembre de 1982, 2 de diciembre de 1985, 12 de julio de 1995 y 10 de junio de 1998.

<sup>73</sup> Artículo 231 del TRLCSP. Fuerza mayor. (...) Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del

El *riesgo imprevisible* por su parte, hace alusión al surgimiento de una circunstancia sobrevenida, extraordinaria y considerablemente imprevisible, no imputable al contratista, y que genera una alteración grave en la economía del contrato, de suerte que torna excesivamente gravoso en términos económicos el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que surge la obligación de la Administración de restablecer este equilibrio económico en los términos tenidos en cuenta para su adjudicación.<sup>74</sup>

Con todo, tal y como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia y como ya se mencionó en otros apartes, no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar el restablecimiento de la ecuación del contrato, sino únicamente aquellas que se enmarquen en los anteriores supuestos (*ius variandi, factum principis* y fuerza mayor o riesgo imprevisible).<sup>75</sup>

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>76</sup> ha elaborado una doctrina consolidada que ha sido acogida por los Tribunales que se resume en dos principios:

- i) «La cláusula rebus sic stantibus no opera simplemente por la «excesiva onerosidad», garantizando un beneficio empresarial (a modo de un aseguramiento general del contrato o de garantía ordinaria de los intereses del contratista); lo que supondría sustituir el principio de riesgo y ventura por el de mantenimiento del equilibrio económico-financiero. Por el contrario, es necesario que la alteración sobrevenida de las circunstancias quiebre enteramente el equilibrio económico financiero contractual. Por consiguiente, no elimina el “riesgo empresarial” que sigue existiendo y debe ser asumido por el contratista»
- ii) «El principio de riesgo y ventura no ha de quedar sometido a grados ni escalones, siendo así que “la posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en el ámbito interno”,

---

terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

<sup>74</sup> El Consejo de Estado en su Dictamen 54.700 de 5/12/1990, al hablar del riesgo imprevisible señala que “Tal y como ha señalado ininterrumpidamente este Consejo, no puede confundirse el riesgo o alea que normalmente corre a cargo del contratista, y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal. En este último caso el riesgo no debe pesar sobre el contratista a todo evento, estando previstos los supuestos de rescisión, indemnización y exoneración de responsabilidad que, sin merma del interés público, restablecen el equilibrio del contrato.”

<sup>75</sup> (STS de 20 de abril de 2015, [RJ 2015,2809], F.J. 12a)

<sup>76</sup> Dictámenes No. 616/2014, de 3 de julio, 619/2014, de 3 de julio, 620/2014, de 23 de julio, entre otros.

pues de lo contrario se subvertiría el procedimiento de contratación, en la medida que toda baja se corregiría posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia y penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas».

### **5.3.1. Aspectos relevantes de la sentencia RJ/2011/14351. Autopista Madrid Toledo. Solicitud de reconocimiento de desequilibrio económico.**

Teniendo en cuenta que este tema constituiría, en sí mismo, el objeto de una investigación adicional, en el presente apartado se hará referencia, de manera sucinta, a la sentencia RJ/2011/4351, pues esta sentencia y las posteriores que se han proferido frente al tema estudia puntualmente un presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas imputables a la Administración, aplica, de alguna manera, los elementos señalados en los numerales anteriores como constitutivos de responsabilidad y acredita, en un único supuesto que encuentra acertado este rompimiento y, por otra parte, deniega las pretensiones del demandante amparada en el principio de riesgo y ventura.

Vale decir que esta sentencia ha sido ampliamente estudiada por la doctrina<sup>77</sup> y se ha aplicado en muchas decisiones proferidas por los Consejos Consultivos, así como por decisiones judiciales posteriores, en las que se ha debatido el tema del rompimiento del equilibrio económico financiero del concesionario de obras públicas, enfrentando al principio del riesgo en los contratos de concesión de obra o servicio público. Veamos:

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso –Administrativo, Sección 7ª, profirió la sentencia de 16 de mayo de 2011, RJ/2011/14351, con la que se resolvió la demanda

---

<sup>77</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2012). Riesgo y Ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011. En T.-R. FERNÁNDEZ, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*. Cizur: Civitas. (pags. 1313-1331). Otro tanto, en CASARES MARCOS, A. B. (2012). Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la Autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3a, Sección 7a, Recurso Contencioso Administrativo núm. 566/2008). En T.-R. FERNÁNDEZ, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial* ). Cizur: Civitas. (págs. 917-944). También en: SILVAN OCHOA, P. (2015). Liquidación de contratos de concesión de autopistas de peaje y responsabilidad patrimonial de la administración concedente. En T. R. Proview (Ed.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo* (1a ed., págs. 2-52).

presentada el 28 de octubre de 2008, por **AUTOPISTA MADRID-TOLEDO CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A.**, contra la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de la petición de reequilibrio económico del Contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo y la Autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo circunvalación Norte de Toledo.

Las pretensiones presentadas en la demanda se orientaron a obtener la declaratoria del derecho al reequilibrio económico del «contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo y la Autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo circunvalación Norte de Toledo», como consecuencia del impacto sobre los tráficos de la concesión derivado de la puesta en funcionamiento de la carretera M-407. Como consecuencia de esta declaratoria, imponer a una condena por concepto del perjuicio económico que se causó por la apertura de la M-407, actualizado al año 2009, equivale a trescientos veinte millones veinte mil doscientos veinticuatro euros (320.020.224).

Posteriormente, el recurso contencioso-administrativo se amplió a las siguientes pretensiones: «Declarar el derecho de mi representada al reequilibrio económico del «contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo y la Autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo circunvalación Norte de Toledo», como consecuencia del impacto sobre los tráficos de la concesión derivado de: - la puesta en funcionamiento de la carretera M-407; - la no construcción de la Autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba y se actualizó el perjuicio a la suma de cuatrocientos veinte millones ciento cuarenta y cuatro mil ciento treinta euros (420.144.130)». La demandante en sus pretensiones y fundamentos alegó que los hechos generadores del rompimiento del equilibrio económico eran desconocidos, imprevisibles y extraordinarios por lo que era procedente el reconocimiento solicitado.

Estudiadas las posiciones tanto de la demandante como de la Administración, la Sentencia efectuó un análisis de los dos hechos alegados por el demandante como generadores del



rompimiento del equilibrio del económico del contrato y se pronunció separadamente frente a cada uno de ellos.

En lo que tiene que ver con el primero de ellos, esto es, el impacto sobre los tráficos de la concesión derivado de la puesta en funcionamiento de la carretera M-407, el Tribunal consideró que no se trataba de un «hecho imprevisible que, por alterar sustancialmente las condiciones en que se estableció la concesión, genera el derecho de ATM a que la Administración restablezca su equilibrio». Para el Tribunal no se trata de un hecho imprevisible ni extraordinario por cuanto era de conocimiento del concesionario, primero, su existencia y que estaba prevista su mejora ya que constaba en los planes publicados con anterioridad a la licitación. Por otro lado, tampoco era un hecho extraordinario o fuera de lo común que las Administraciones «procuren mejorar las infraestructuras del transporte, en particular, las carreteras». Así las cosas, el desdoblamiento de la carretera «no se constituye en un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista».

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la pretensión fundamentada en la falta de construcción de la autopista Toledo- Ciudad Real-Córdoba, el Tribunal tras hacer un análisis de los argumentos de las partes y de las pruebas obrantes al expediente considera que, en este evento, la no construcción de esta vía afectó el equilibrio económico y financiero de la concesión «ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros».

Señala el Tribunal que la construcción de esta vía era un hecho con el que contaba el concesionario y que aun cuando la declaración de impacto ambiental fue negativa, era una infraestructura «cuya realización no podía no ser previsible en 2003 que es cuando se convoca el concurso de la AP-41». Continúa el Tribunal diciendo que «Entendemos, pues, que el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro, que es la condición que le atribuye la segunda contestación a la demanda, y que su ausencia altera

el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento».

Esta sentencia, como se anotó, marca un precedente en materia de reclamaciones por parte de los concesionarios en las que se alega el rompimiento del equilibrio económico del contrato por hechos imputables a la Administración y establece un criterio para su resolución. Consideramos acertada la decisión del Tribunal pues ratifica la posición del principio del riesgo y ventura como elemento central del contrato de concesión de obra o servicio público.

### **5.3.2. Notas relevantes del riesgo como elemento esencial del contrato de concesión**

Puede decirse entonces que al ser la transferencia del riesgo uno de los elementos esenciales del contrato de concesión de obra pública o de servicio público al contratista, la frustración de las expectativas económicas esperadas por éste al momento de ofertar no lo libera de cumplir con sus obligaciones y mucho menos lo faculta para separarse del contrato o reclamar su modificación. Es decir, que tanto puede beneficiarse de las ventajas económicas que se deriven de su actuar, como puede perjudicarse con las pérdidas que esa misma ejecución genere. La Administración permanece ajena a la suerte o desventura del contratista<sup>78</sup>.

Y es que esta asunción del riesgo además de configurarse como un elemento central del contrato de concesión de obra o servicio público, tiene, por supuesto, una configuración legal cuya asunción y conocimiento se presume aun antes de la celebración del contrato. Así, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) establece en su artículo 215 que «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el

---

<sup>78</sup> CALATAYUD PRATS, I. (enero de 2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: La liquidación de contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. (...) (pág. 13).

artículo 231<sup>79</sup>, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado».

Unido a esto, el artículo 242 ibídem, que corresponde concretamente al contrato de concesión de obra pública, habla igualmente del riesgo y ventura como principio, de manera que, sin desconocer los eventos en los cuales puede darse el rompimiento del equilibrio económico del contrato, es claro que su ejecución, en condiciones normales, lleva implícita la asunción del riesgo, por lo que en los eventos en los que el contrato no reporta las utilidades esperadas, o presenta dificultades propias de su misma naturaleza y esto genera un incumplimiento del contratista que obliga a resolver el contrato, no debería disponerse el pago de los costes e inversiones en las que ha incurrido para su ejecución, (la mal llamada Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA), pues esto significaría que no hubo una asunción real del riesgo por parte del contratista.

Sin embargo, como se verá en el siguiente capítulo, la Administración se enfrenta a una normativa que, para los contratos en vigencia del artículo 271.1<sup>80</sup> y 288.1<sup>81</sup> del TRLCSP, no hace ninguna distinción entre los eventos en los cuales el contrato se resuelve por causas imputables al contratista, o no. En otras palabras, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato debe entenderse como una forma excepcional que se acompasa con el principio de riesgo y ventura sin que puede convertirse en un seguro o garantía ordinaria de los intereses del contratista, trasladando el riesgo a la Administración. Es por

---

<sup>79</sup> Artículo 231. Fuerza mayor. 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

<sup>80</sup> “**Artículo 271. Efectos de la resolución.** 1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

<sup>81</sup> “**Artículo 288.** En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”.

esta razón que la mayoría de la jurisprudencia que se encuentra en la materia, niega el rompimiento de equilibrio económico del contrato basado en errores cometidos por el contratista en sus ofertas<sup>82</sup>, en la crisis económica<sup>83</sup> o en cálculos iniciales mal efectuados<sup>84</sup>.

Con todo, la realidad es que aun cuando estas solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato usualmente se niegan por la Administración y, posteriormente, esa decisión es confirmada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con argumentos que, dicho sea de paso, consideramos acertados y consecuentes con los principios del contrato de concesión de obra o de servicios, lo cierto es que se genera un incumplimiento de las obligaciones del contratista que imponen a la Administración hacer uso de sus potestades y resolver el contrato con los efectos negativos que dicha resolución implica, puntualmente, tener que abonar el pago por concepto de RPA.

---

<sup>82</sup> En la sentencia del 4 de febrero de 2014 el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) señaló que “Antes de examinar la eventual incidencia de la transformación del tramo de la A-4 que transcurre en paralelo a la R-4 debe examinarse la cuestión de que los tráficos reales no se han ajustado a los previstos en la fase de concurso. Ninguna duda existe, tal y como lo destaca el Abogado del Estado, de que independientemente de los estudios realizados por la Administración también incumbe realizarlo a las partes que se presentan al concurso. (...) además de los cálculos realizados por la administración en sus documentos preparatorios la finalmente concesionaria, ahora recurrente, también realizó los suyos propios afirmando incluso que su estudio de tráfico “permite estimar exactamente los tráficos e ingresos esperados a partir de las hipótesis reales que determinan la captación de vehículos” Si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (...) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración”.

<sup>83</sup> Frente a este tema varias son las sentencias que se han pronunciado frente a la crisis económica como factor determinante del rompimiento del equilibrio económico. En el presente estudio se toma lo dicho por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), RJ 2016/3459, que dice: “Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción. Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que puedan provocar la disminución del consumo (...)”

<sup>84</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), del 25 de enero de 2013 señala: “En todo caso la base esencial de la fundamentación de la Sentencia, consiste en que el alegado desequilibrio económico no deriva de hechos sobrevenidos con posterioridad al contrato, sino del cálculo inicial del mismo, no resulta desvirtuado en el motivo. Si el equilibrio económico del contrato se calculó mal *ab origine*, no cabe pretender su restablecimiento con posterioridad, en un marco de subsistencia del contrato”.

Ahora bien, este panorama frente a la asunción de riesgos por parte de los contratistas de concesiones de obra o servicios públicos se enfrenta a una modificación significativa en materia legal, que ratifica la posición del riesgo como elemento central de este tipo de contratos y que, particularmente consideramos, va a evitar, al menos a futuro, que se intente por parte de los contratistas invertir la teoría del riesgo en contra de la Administración. Esta modificación es la Directiva 2014/23/UE, de la que se hablará en el siguiente aparte.

#### **5.4. El riesgo como elemento central del contrato de concesión en el marco de la Directiva 2014/23/UE. Un cambio radical en el concepto de concesión.**

En febrero de 2014 se aprobó el cuarto paquete de Directivas en materia de contratación pública. Dentro de las novedades incluidas en este paquete y que se aparta de las tradicionales actualizaciones y mejoras de la disposición anterior, se encuentra la Directiva 2014/23/UE<sup>85</sup>. Esta Directiva supone la existencia de una regulación común para la adjudicación de concesiones en el marco de la Unión Europea y representa una de las novedades más relevantes de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, teniendo en cuenta la importancia de los contratos de concesión como instrumentos para el desarrollo estructural a largo plazo de las infraestructuras y los servicios estratégicos.<sup>86</sup>

Estas razones y las características particulares del contrato de concesión frente a los demás contratos, son las que justifican la existencia de una Directiva independiente. El plazo para su transposición<sup>87</sup> venció el 18 de abril de 2016, sin que España lo hubiese efectuado, por lo que a partir de esta fecha sus efectos son directos para las concesiones

---

<sup>85</sup> VARCARCEL FERNANDEZ, P. (2015). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general.

<sup>86</sup> ALCOCEA CANTOS, A. (2015). Las nuevas directivas en materia de contratación pública. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo* (1a edición ed., págs. 28-45). Thomson Reuters. También, ESTEVE PARDO, J. (2017). *Lecciones de Derecho administrativo* (7a ed.). Madrid, España: Marcial Pons. (págs. 324).

<sup>87</sup> **Artículo 51. Transposición** 1. Los Estados miembros pondrán en vigor a más tardar el 18 de abril de 2016 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

ofrecidas o adjudicadas con posterioridad al 17 de abril de 2014, de conformidad con el artículo 54 de dicha Directiva. Con todo, hay que indicar que la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, publicó la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Varios temas podrían abordarse a efectos de analizar el contenido de esta Directiva, sin embargo, para los fines del presente trabajo se analizarán algunos aspectos que, por su importancia, conexidad con el objeto de estudio e incidencia en los contratos de concesión celebrados con posterioridad al 17 de abril de 2014, se considera importante citar. Estos aspectos son: el nuevo concepto de concesión en el que se incluyen las concesiones de servicio público<sup>88</sup> y el riesgo como elemento determinante. Veamos:

#### **5.4.1. Definición del contrato de concesión de obra o servicios en los términos de la Directiva 2014/2013/UE**

El artículo 5º, numeral 1º, literal a) de la Directiva 2014/2013 UE define el contrato de concesión de obras como aquél «en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago»; por su parte, el literal b) del mismo numeral define la concesión de servicios como «un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».

---

<sup>88</sup> GIMENO FELIU, J. (2014). Concesiones y colaboración con el sector privado. el sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia. En *VIII jornadas nacionales de derecho de la competencia*. (págs. 3 a 9). Barcelona.

Esta ejecución supone una importante inversión por parte del concesionario quien, de este modo, adelanta el capital que, en principio, debería invertir la Administración para la realización de la obra o la puesta en marcha del servicio. Es decir, siguiendo a (CALATAYUD PRATS, 2017) «a través de la concesión, el contratista adelanta a la Administración un capital que va a tratar de recuperar mediante la explotación económica del servicio».

Como se advierte de la lectura de la norma, una de las principales novedades es la inclusión de las concesiones de servicios dentro de la definición de contratos de concesión. Hasta la fecha, solo la adjudicación de las concesiones de obra se regía por las normas de la Unión Europea, cuando alcanzaran el umbral requerido para ello. Por el contrario, las concesiones de servicios de interés transfronterizo no tenían el mismo tratamiento y estaban sometidas únicamente a los principios del TFUE, concretamente, los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como por los principios que de ellos se derivan en materia de contratación pública. Es decir, siguiendo a (VARCARCEL FERNANDEZ, 2015), podía hablarse de un vacío normativo del Derecho derivado de la Unión Europea, en lo que tiene que ver con la definición de un régimen contractual aplicable a las concesiones.

Este vacío normativo hace alusión a la ausencia de parámetros o reglas claras y precisas para efectos de regular las concesiones de servicios, caso de España por ejemplo<sup>89</sup>, lo que generaba un riesgo de inseguridad jurídica, ya que facilitaba que se dieran diferentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y generaba grandes disparidades frente a la calificación o tratamiento que se le diera a estos tipos de contratos en las distintas legislaciones de los Estados miembros<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> VARCAREL FERNANDEZ, P. (2015, señala que en España, por ejemplo, pese a el TRLCSP se incluyen distintos tipos concesionales, la falta de precisión determinó que en algunas ocasiones se aplicaran reglas del contrato de concesión a otros tipos de contratos, concretamente, del contrato de obras, que finalmente no resultaban ser las correctas teniendo en cuenta las particularidades propias del contrato de concesión. Es el caso de las reglas para la modificación de los contratos del sector público consagradas en el título V del libro I del TRLCSP que se aplican de manera uniforme a todos los contratos del sector público sin distinción alguna.

<sup>90</sup> VARCAREL FERNANDEZ, P. (2015). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general.

Con la regulación en bloque de las concesiones de obra y de servicio se busca resolver muchas dudas acerca del régimen jurídico aplicable frente a este tipo de contratos, lo que traerá mayor confianza a los inversores económicos y a los mismos proponentes al momento de licitar.

#### **5.4.2. El riesgo y el principio de estabilidad presupuestaria**

Como se ha dicho, la ejecución de una obra de infraestructura o la prestación de un servicio comporta la inversión de grandes sumas de dinero que, de ser asumidas por el Estado implicaría un posible endeudamiento. Por esta razón, la Administración acude a la figura de la concesión a efectos de poder ejecutar las obras sin tener que endeudarse y cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria.

Este principio de estabilidad presupuestaria dice relación con la obligación que, por disposición de la UE, las Administraciones Públicas deben atender al momento de elaborar y sobre todo ejecutar el presupuesto, relacionada con el mantenimiento de una situación de equilibrio o de superávit financiero, calculada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales.

Para lograr una contabilización uniforme y calcular cuando se han superado los índices de endeudamiento permitidos, el Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema de Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea y Eurostat han determinado en qué eventos una operación computa como déficit público en aplicación de los criterios de contabilidad recogidos en el SEC 2010<sup>91</sup>.

Por regla general, para que la financiación de un proyecto ejecutado a través de la figura de la concesión no compute como endeudamiento de la Administración, deberá

---

<sup>91</sup> CALATAYUD PRATS, I. ( 2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: La liquidación de contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. (...) (pág. 9).



trasladarse al concesionario los riesgos de construcción y, al menos, el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda, o ambos.

Así, de acuerdo con el apartado 20.284 del Reglamento 549/2013, se entiende que no hay traslación de riesgos y, por tanto, el activo, la financiación y el endeudamiento se computan a cargo de la Administración, si las cláusulas de resolución del contrato, las garantías, o las cláusulas de rescisión establecen un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en los eventos en que la resolución se da por causas imputables al concesionario.<sup>92</sup>

Esta disposición armonizada con los considerandos y clausulado de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, señala unas pautas que deben estar armonizadas con la legislación de cada país y que, para el caso español, deberán advertirse al momento de analizar la procedencia, o no, del pago al concesionario por concepto de Responsabilidad Patrimonial (RPA) cuando la resolución del contrato se da por hechos imputables a éste. Esto en el entendido de que este reconocimiento se computará como un endeudamiento de la Administración, desconociendo el principio de estabilidad presupuestaria, lo que en síntesis significaría que no hubo un traslado de los riesgos al concesionario, evento en el que dicho contrato no podrá ser calificado jurídicamente como concesión, pues se desconocería el elemento central de su esencia, esto es, la traslación de riesgos.

#### **5.4.3. El riesgo operacional como elemento definidor del contrato de concesión**

El segundo aspecto que se considera relevante para el presente trabajo, a partir de la definición anterior del contrato de concesión de obra o de servicio público, es que se establece como elemento central la asunción del riesgo por parte del contratista en la realización de la obra o la gestión de un servicio.

---

<sup>92</sup> «20.284. Los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos».

Efectivamente, el inciso final del artículo 5º dispone que la adjudicación de una concesión implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios, incluido el riesgo de demanda o el del suministro, o ambos. En este sentido, precisa que «se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional, cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión». Finalmente, señala que esta transferencia de los riesgos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado «que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

Es decir, será el riesgo el elemento fundamental que defina, califique o caracterice un contrato como de concesión, omitiendo el segundo elemento que se tenía como identificador y que hace alusión a la remuneración por parte de terceros; esto significa entonces, que puede hablarse de un contrato de concesión inclusive en aquellos casos en los que la remuneración proceda exclusivamente de la Administración, siempre y cuando se traslade el riesgo de explotación al concesionario, como el caso de los peajes en sombra. Esta determinación del riesgo como elemento central busca ponerle fin a la incertidumbre e inseguridad jurídica que se venían presentando con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público. Así se lee del considerando 18 de la Directiva que señala:

«(...) debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviasa al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios».

Este aspecto relativo a la asunción del riesgo operacional constituye, como se dijo, uno de los elementos más importantes de la Directiva y además clarifica parte de las dudas que con respecto a la asunción del riesgo y posteriores reclamaciones como la que se investiga en este trabajo, se vienen presentando. En efecto, el artículo 1.4. de la Directiva 2004/18 definía las concesiones como un «contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio», es decir, que aun cuando estaba implícita la asunción del riesgo, no formaba parte de la definición. Por esta razón, la nueva Directiva insiste en que el elemento realmente significativo y del cual va a depender la calificación de contrato de concesión o no, será precisamente la asunción de este riesgo operacional por parte del concesionario.

Analizando el contenido de la Directiva se tiene entonces que hay transferencia del riesgo operacional en las concesiones de servicios cuando de la clasificación de los riesgos quedan del lado del concesionario el riesgo de demanda, el riesgo de oferta, o ambos, tal y como se desprende del inciso final del artículo 5.1. que define la concesión. Adicionalmente, el considerando 20 de dicha Directiva explica o establece más bien, cómo y en qué eventos estamos se está frente a un riesgo operacional:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario».

Vale decir, sin embargo, que todos los contratos, sean de concesión o no, encierran una distribución de riesgo entre las partes que los celebran. Esta distribución deberá obedecer a la capacidad de asunción de cada parte de los riesgos inherentes al contrato. «Una adecuada asignación de riesgos facilitará que cada parte haga lo que esté en su mano para

mitigar los riesgos que quedan de la esfera de gestión. Por otra parte, la asignación del riesgo tiene también un componente de justicia, en tanto no parece razonable asignar un riesgo a una parte si no es capaz de asumirlo»<sup>93</sup>.

Por esta razón se asume que la mayor parte de los riesgos técnicos, económicos y de mercado son asumidos por el concesionario, pues se entiende que este tipo de riesgos (riesgos de construcción, riesgos asociados a la variación de los costes, riesgos asociados a la financiación como la variación en las tasas de interés, etc.), son los propios de la esfera de operación de un empresario. Por su parte, los riesgos que puedan depender de la Administración, como, por ejemplo, un cambio normativo en materia de autorizaciones o permisos para la ejecución de una obra, o los eventos en los cuales una comunidad se opone a la construcción del proyecto, o los riesgos naturales como fuerza mayor etc., serán asumidos por aquélla, pues guardan relación con la esfera de sus competencias. Esta distribución obedece a aquél principio de justicia que se cita en el párrafo anterior.

Ahora bien, retomando el tema del riesgo operacional que se transfiere al concesionario, se tiene que su naturaleza es de carácter económico, vinculado a la fase de explotación del contrato y que supone la posibilidad de que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento.<sup>94</sup>

Esta posición venía siendo tomada ya por la Jurisprudencia del TJUE,<sup>95</sup> y lo que hace la Directiva es seguir esta línea en sus considerandos y artículos definitorios. En esta sentencia C-274/09, se dice que la exposición a la incertidumbre de la que se hace depender la asunción del riesgo operacional supone la exposición a las incertidumbres del mercado; la exposición a la competencia con otros operadores; los desajustes que puedan presentarse entre la oferta y la demanda; la insolvencia en que puedan incurrir los deudores por los servicios prestados; la insuficiencia en los ingresos recaudados, entre

---

<sup>93</sup> VARCARCEL FERNANDEZ, P. (2015). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general.

<sup>94</sup> Considerando 18 de la Directiva 23/2014.

<sup>95</sup> STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09.

otros. De acuerdo con la Directiva la transferencia del riesgo operacional existe si el contratista asume el riesgo de demanda o; el riesgo de suministro o, ambos.

- i) **El riesgo de demanda:** Este riesgo, según la Directiva, será el que se debe a la demanda real que hagan los usuarios de las obras o servicios objeto del contrato. Es decir, la remuneración va a depender, en todo o en buena parte, de la utilización de las infraestructuras o del servicio que preste el concesionario, escenario en el cual se puede hablar de una efectiva transferencia del riesgo. Con todo, no tiene que ser necesariamente el usuario el que efectúe el pago por el servicio, ya que podrá ser la misma Administración la que pague, siempre y cuando este pago esté condicionado al número de usuarios en una proporción tal que el concesionario no tenga garantizado de antemano la recuperación de las inversiones y los costes de explotación en que incurra para prestar el servicio.

Vale decir que en los últimos años ha habido mucha controversia en lo que tiene que ver con quién debe asumir este riesgo; si el contratista o la Administración, teniendo en cuenta que no puede tenerse mucho control sobre él. Tan es así que, en los casos, por ejemplo, de concesión de autopistas de peaje, este tipo de riesgo venía mitigándose o reduciéndose por parte de la entidad contratante quizá con el ánimo de hacer más viable o más atractivo el contrato de concesión. Sin embargo, con la nueva Directiva es claro que este riesgo se convierte en elemento central sin el cual no podrá hablarse de que efectivamente se esté frente a un contrato de concesión y deberá tenerse presente por el concesionario desde el mismo momento de presentar su propuesta.

- ii) **El riesgo de oferta** por su parte, será el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. «Este riesgo es el relativo a la puesta a disposición de los usuarios de un nivel de obras o servicios objeto ajustado a la demanda que de ellos existe. Se materializaría el riesgo si el concesionario no presta servicios que se ajusten a la demanda existente en cada momento de la obra o servicio que explota».<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> VARCAREL FERNANDEZ, P. (2015). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general.

Es claro el considerando 18 al descartar la posibilidad de que se otorgue cualquier alivio por pérdida potencial o se garantice unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes que deba asumir el contratista en la ejecución del contrato. En cualquiera de estos eventos en los cuales la Administración asumiera el diferencial económico por déficit de explotación para equilibrar la concesión, a términos de la Directiva, se estará frente a otro tipo de contrato, pero no ante uno de concesión.

En suma, la materialización del riesgo operacional asumido por el concesionario puede implicar que éste no recupere la inversión realizada ni logre cubrir los costes asumidos que si estaría en disposición de recuperar y de cubrir, en condiciones normales de funcionamiento o de explotación. Esto no significa, sin embargo, que deba asumir la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución de la concesión, pues el mismo considerando 18 de la Directiva señala que parte del riesgo lo seguirá asumiendo el «poder o entidad adjudicadora». Este considerando se armoniza con el artículo 5º de la Directiva que exige que «la parte de los riesgos transferidos al concesionario suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurre el concesionario no es meramente nominal o desdeñable», pero deja claro que no es preciso que la asunción del riesgo sea total.

Efectivamente, frente a esta distribución del riesgo lo ideal tampoco será que el concesionario asuma un riesgo excesivo pues eso podría significar un encarecimiento del precio que exija en la fase de explotación con el fin de amortizar o compensar el potencial riesgo que está asumiendo, esto unido a la frustración del proyecto por no superar la etapa de viabilidad financiera. Por otra parte, visto desde el escenario de la Administración, tampoco será recomendable que ésta asuma un riesgo excesivo, pues además de comprometer la existencia misma de la concesión, podría elevar el nivel de endeudamiento lo que a todas luces contrapone el principio de estabilidad presupuestaria.

Las consideraciones concluir que al momento de contratar la ejecución de alguna obra o servicio, la Administración deberá realizar en cada caso un estudio pormenorizado y juicioso que determine objetivamente cuál debe ser la distribución de los riesgos y quién

debe asumirlos y en qué proporción. Esta identificación y reparto de los riesgos no es una tarea sencilla y supone, más que nada, un análisis de tipo técnico y financiero previo al proceso de licitación por parte de la Administración y del particular.

Así, por ejemplo, es necesario que al momento de efectuar la evaluación del riesgo de demanda, su identificación esté basada en análisis serios y realistas de lo que se puede o se espera generar con la infraestructura o el servicio que se preste, es decir, que estas proyecciones de demanda estén soportadas en análisis serios y realistas que no sobredimensionen lo que se espera de la obra o del servicio y que las ofertas que se presenten por parte de los licitadores se ajusten igualmente a la realidad del proyecto.

Por otra parte, la tarea de clarificación del concepto de concesión que se hace con la Directiva 23/2014 permite al futuro contratista entender, si es que antes no estaba claro, que la celebración de un contrato de concesión va a significar para sí la asunción del riesgo de su ejecución y que, de desarrollarse el contrato en condiciones normales y con los riesgos implícitos del mismo, no podrá alegar a futuro el desequilibrio financiero que se pueda generar con el acaecimiento de uno de los riesgos como factor eximente de responsabilidad. Asimismo, impone a la Administración un deber de diligencia y cuidado en sus procesos de contratación, una adecuada y juiciosa distribución de los riesgos y un cálculo ponderado y responsable de la necesidad de ejecución de una obra, frente a los riesgos que su ejecución pueda generar.

## **6. CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA (RPA). UNA CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA O SERVICIO PÚBLICO**

### **6.1.El estado de la cuestión**

Una vez resuelto el contrato, la Administración se enfrenta a un escenario con implicaciones muy significativas desde el punto de vista económico y es el reconocimiento de la mal llamada Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA, que impone a la Administración la obligación de abonar o restituir al contratista al momento de la liquidación, el coste de las inversiones realizadas durante la ejecución del contrato, esto es, el valor de las obras de construcción, la expropiación de terrenos, adquisición de bienes necesario para la explotación de la obra, etc., aun cuando las causas generadoras de la resolución fueran imputables a aquél.

Como se ha visto, esta obligación está amparada en el marco de una normativa que impone su reconocimiento, además de que contractualmente también se incluye como una de las cláusulas fundamentales para su celebración y cuya inclusión en el cuerpo del contrato constituye casi una obligación para efectos de financiar la ejecución de estos proyectos por parte del sistema financiero.

En este estado de la cuestión, la pregunta que se pretende resolver es ¿cuáles son los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra o de servicio público cuando la causa que lo origina es imputable al contratista, en relación con la obligación, o no, de abonar la totalidad de las inversiones realizadas por el concesionario durante la vigencia del contrato? ¿Hay lugar a la indemnización del contratista a la Administración por su incumplimiento y en qué cuantía? ¿cuáles son esos perjuicios que en la práctica se le causan a la Administración con este pago de la RPA?

La respuesta a estos interrogantes, que serán el eje central de este capítulo, habrán de darse a la luz de dos estadios legales: uno, en el marco de los contratos regidos en vigencia de los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP que, valga decir, son los que generan los



principales problemas para la Administración y dos, para los contratos a los que se aplicarán las disposiciones de los artículos 271 bis, 271 ter y 288, teniendo presente, igualmente, la nueva redacción de los apartados 1 y 3 del artículo 271 del TRLCSP.

## **6.2. Importancia de la cláusula de RPA en los contratos de concesión de obra o servicio público**

Es innegable que el nivel de crecimiento económico que ha tenido España en las últimas décadas obedece, en gran medida, al desarrollo y mejora de las infraestructuras públicas. Este desarrollo se ha logrado con la ejecución de grandes proyectos constructivos, en los cuales la participación del sector privado ha sido fundamental, a través del aporte del capital necesario para su ejecución. Como ya se dijo en el capítulo anterior, a través de la celebración de contratos de concesión de obra o servicio público la Administración adjudica, a riesgo y ventura del contratista, la realización de obras en las que la remuneración destinada a recuperar la inversión y a la obtención del beneficio esperado se materializa, o bien con el derecho a explotarlas durante un plazo determinado y mediante el cobro a los usuarios de una tarifa por el uso del servicio o de la obra, o bien este mismo derecho conjugado con un pago adicional que efectúe la Administración.

En este contexto y en los eventos en los cuales estos contratos deben resolverse anticipadamente, independientemente de que cual sea su causa, el artículo 271.1 del TRLCSP señala que «la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión (...)», como se ha dicho, esta obligación de liquidar y, posteriormente, restituir el importe de las inversiones realizadas y pendientes de amortización al concesionario, es lo que se conoce como Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA.

Esta mal llamada Responsabilidad Patrimonial Administrativa o RPA, en el marco del presente estudio, difiere del concepto tradicional de Responsabilidad Estatal que se origina no a partir de un contrato entre las partes, sino en acciones u omisiones de la

Administración de naturaleza extracontractual, con las cuales se causa un perjuicio a un particular o se le impone una carga que no está obligado a soportar. En el presente caso, la denominada Responsabilidad Patrimonial Administrativa tiene su origen en una relación contractual existente entre el Estado y el particular y que, una vez resuelta anticipadamente, impone a aquél la obligación de reintegrar a éste el valor patrimonial de las inversiones por no proceder el *ius tollendi*<sup>97</sup>. Según (MONEDERO MONTERO, 2015),

“al margen de consideraciones contractuales, la acción tiene su fundamento más profundo en la interdicción del enriquecimiento injusto que se produciría en el caso de que, resuelto un contrato de concesión y revertidas las infraestructuras a la administración, no se indemnizase al concesionario del valor de aquéllas al tiempo de la resolución, todo ello con independencia de la causa de resolución del contrato y, sin perjuicio de las acciones de indemnización de daños y perjuicios que correspondiesen a las partes, en su caso”.

Si bien se está frente a una figura que en el marco legal es relativamente joven y a cuyo estudio, quizá, no se le había dado cierta relevancia, en los últimos años si ha pasado a tener un gran protagonismo ante los graves problemas económicos y financieros por los que están atravesando muchas concesiones y que han llevado a que gran parte de estos contratos se resuelvan anticipadamente (cosa hipotética hace unos años), haciendo inminente la aplicación de la llamada Responsabilidad Patrimonial o RPA.<sup>98</sup>

En efecto, tradicionalmente en los contratos de concesión de obra pública la inversión que realiza el concesionario se retribuye o recupera con la explotación de la obra por un plazo previamente determinado y acordado por las partes, de suerte que, en los eventos extraordinarios de resolución anticipada, como la retribución a través de su explotación se hace materialmente inviable, para evitar un posible enriquecimiento injusto de la Administración y a su vez establecer un marco jurídico que facilite la financiación del proyecto, las normas en materia de contratación y los pliegos de los contratos de concesión han reconocido el derecho del concesionario a reclamar el pago de la RPA,

---

<sup>97</sup> MONEDERO MONTERO, J. I. (2015). Cuestiones sobre la RPA. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2014* (pág. 96).

<sup>98</sup> ARAUJO BARCELO, A. (2015). La RPA en las concesiones de obra pública: ¿mito o realidad? (especial referencia a las autopistas de peaje. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2015* (pág. 5)

esto es, la devolución del valor patrimonial de la inversión realizada y pendiente de amortización.<sup>99</sup>

Pues bien, la RPA se ha convertido desde el punto de vista económico en una garantía de retorno de la inversión del proyecto, en los casos en los cuales el contrato se resuelve anticipadamente e independientemente de la causa que dio origen a esta resolución. En el contexto de la financiación de dichos proyectos, la RPA ha facilitado la participación de las entidades financieras a través de la constitución de un derecho de prenda sobre ésta, lo que en la práctica se ha traducido en un desarrollo de los modelos concesionales y de colaboración público-privada mediante el denominado *Project Finance*.

Por otra parte, debe resaltarse como elemento importante de esta figura, el tratamiento que desde el punto de vista contable se le da a la infraestructura objeto de la concesión, ya que se tiene la posibilidad de que el coste de la construcción de las infraestructuras carezca de impacto en el déficit público, lo que va de la mano con las restricciones presupuestarias y las exigencias de contención del déficit establecidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto se traduce en que los activos pueden ser considerados contablemente como activos privados, es decir, sin que tengan impacto inmediato en el déficit y en el nivel de endeudamiento de los entes públicos, en los eventos en que se evidencie que el concesionario asume la mayor parte de los riesgos asociados a ese activo.<sup>100</sup>

Sin embargo, aun cuando pueden resaltarse varias virtudes o aspectos positivos de esta figura, más que nada desde el punto de vista del impulso que ha podido representar para los proyectos adelantados bajo el sistema de concesión de obra o servicio público, en la medida en que ha permitido que muchos se financien a través de la pignoración de la futura RPA, lo cierto es que en los eventos en los cuales se ha tenido que resolver el contrato de forma anticipada por hechos imputables al contratista, se ha evidenciado las

---

<sup>99</sup> ARAUJO BARCELO, A. (2015). La RPA en las concesiones de obra pública: ¿mito o realidad? (especial referencia a las autopistas de peaje. (...)(pág. 7)

<sup>100</sup> MONEDERO MONTERO, J. I. (2015). Cuestiones sobre la RPA. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2014* (pág. 10).

consecuencias negativas que trae para la Administración la obligación de abonar al contratista las inversiones realizadas, o, dicho de otro modo, hacer efectiva la RPA.

Así es, teniendo en cuenta que se trata de una figura que en el marco de los artículos 271.1 y 288 del TRLCSP, opera cualquiera que sea la causa de la resolución del contrato, e incluso si la misma es el incumplimiento culpable del contratista, sin perjuicio de que, en estos eventos surja un derecho de crédito de la Administración que le permita exigir al contratista la indemnización de los daños y perjuicios que este incumplimiento y resolución del contrato le haya podido generar<sup>101</sup>, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 271.4 de la misma Ley, lo cierto es que, en nuestro parecer, son más las sombras que las luces que se ciernen sobre esta figura, como intentaremos señalar, previo repaso de su evolución normativa.

### 6.3. Evolución histórica

Sin el ánimo de hacer una exposición extensa sobre la normatividad en la materia, -no es el objeto del trabajo y tampoco su extensión lo permite-, si se considera importante hacer una referencia histórica de las principales normas que han regulado los efectos de la resolución del contrato cuando se origina en causas imputables al contratista y las consecuencias de este incumplimiento.

La primera disposición que se toma es la Ley de Ferrocarriles de 6 de junio de 1855 -marco normativo de las primeras infraestructuras ferroviarias-, señalaba en su capítulo V «De la caducidad de las concesiones» que en el caso de que la sociedad explotadora incumpliese sus obligaciones con relación al servicio público del ferrocarril, se podría tener por caducada la concesión, y una vez declarada la caducidad, se sacaba a subasta la concesión anulada<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> LAVILLA RUBIRA, J. (2013). "Olvidos" del legislador en las sucesivas reformas de la Legislación en materia de contratos del sector público: La experiencia en materia de colaboración público-privada". En *La contratación Pública: problemas actuales*. Madrid, España: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. (pág. 63)

<sup>102</sup> MONEDERO MONTERO, J. I. (2015). Cuestiones sobre la RPA. (...) (pág. 6).

Esta primera subasta estaba determinada por el valor de las inversiones efectuadas:

«El tipo para esta subasta será el importe a que asciendan según la tasación que se practique, los terrenos comprados, las obras ejecutadas y los materiales de construcción y de explotación existentes con deducción de los auxilios o subvenciones otorgados al concesionario y entregados al mismo en terrenos, obras, metálico, u otra clase de valores».

En el evento en que no se lograra la adjudicación al cabo de tres subastas, en las que, valga decir, se iba reduciendo el tipo de dos terceras partes a la mitad, el artículo 29 concluía señalando que, de continuar la necesidad de la ejecución de las obras del ferrocarril, éstas serían ejecutadas por el Estado, para lo cual el «Gobierno presentará a las Cortes el oportuno proyecto de Ley». Como se advierte, tácitamente en los eventos en los cuales se declaraba la caducidad del contrato, el Estado se quedaba con la infraestructura y el concesionario perdía su inversión.

Posteriormente, la Ley 23 de 1877 del Ferrocarril, dispone en su artículo 42 y de manera expresa que, celebrada la tercera subasta sin sujeción a tipo y sin que pudiese ser adjudicada a un tercero «se incautará el Estado de las obras para continuarlas si lo juzgase oportuno con arreglo a lo prescrito en la ley, **sin que el primitivo concesionario tenga derecho a indemnización alguna**». (negritas fuera del texto original).

Paralelamente, la Ley General de Obras Públicas de 1877 señalaba en su artículo 72 que:

«(...) si no se adjudicase la concesión en ninguna de las subastas, se incautará el Estado, provincia o pueblo que la hubiere otorgado, de todas las obras ejecutadas, de las cuales hará el uso que tenga por conveniente, **sin que el concesionario cuyos derechos se declarasen caducados pueda reclamar**» (negritas fuera del texto original).

Ya en el siglo XX se expide la Ley sobre Construcción por Particulares de Carreteras de Peaje, Ley de 26 de febrero de 1953, sin embargo, mantiene la misma línea de las normas anteriores, pues señala en su artículo 12 que «La caducidad de la concesión llevará aparejada la pérdida de la parte no amortizada de la obra y el importe de la fianza», es decir, no hay reconocimiento alguno por concepto de la llamada RPA.

Bajo el amparo de esta Ley se adjudica la primera infraestructura vial de peaje con la Orden de 27 de julio de 1960, por la que se licita «La concesión para la construcción y

explotación como carretera de peaje, de la variante en la carretera de Madrid a la Coruña, con túnel para cruce del Alto de los Leones de Castilla». El artículo 30 de esta Orden señalaba:

«(...) Declarada la caducidad, la Administración tomará posesión de las instalaciones, terrenos, y dependencias de la concesión en la forma prevista en el artículo 24 para el caso de finalización del plazo concesional, y serán de aplicación las normas establecidas en los párrafos primero y segundo de dicho precepto. Si la obra se encontrase terminada y en explotación, **la caducidad de la concesión llevará aparejada la pérdida de la parte no amortizada de la misma**, conforme a lo prevenido en el artículo 12<sup>103</sup> de la Ley de 26 de febrero de 1953 (...)» (negrillas fuera del texto original)

Finalmente, es con la expedición del Decreto 923/1965, de 8 de abril, del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado en que se empieza a hablar del reconocimiento al concesionario de las obras e instalaciones efectuadas, en los casos de resolución del contrato y se da un giro significativo en la materia. Señala el artículo 76 «*Del contrato de gestión de servicios públicos*» que:

«En los supuestos de resolución la Administración abonará al empresario el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por este hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado al tiempo que restare para la reversión. La Administración decretará la pérdida de la fianza siempre que el contrato se declare resuelto por culpa del empresario.»

En esta misma línea se expidió el Decreto 3225/1965, de 28 de octubre que regulaba el tema de las carreteras de Peaje. Mediante este Decreto se autorizó al Ministerio de Obras para establecer las condiciones que habrían de regir para la construcción, conservación y explotación de las primeras autopistas de peaje. Fue así como el 27 de julio de 1966 se aprobó «El pliego de cláusulas de explotación de las autopistas de peaje Barcelona-la Junquera y Mongat-Mataró». Estos pliegos constituyen el inicio de un nuevo modelo para la explotación y construcción de las autopistas de peaje en el que se identifica como tal el reconocimiento de la RPA.

#### **6.4. Régimen legal de la RPA, antes de la modificación efectuada por la Disposición Final 9.8 de la Ley 40/2015.**

---

<sup>103</sup> “La caducidad de la concesión llevará aparejada la pérdida de la parte no amortizada de la obra y el importe de la fianza.”

A partir del Decreto 923/1965, de 8 de abril, del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, a la fecha, se ha venido incorporando a la normatividad y a los pliegos de condiciones el reconocimiento al concesionario del importe por concepto de las inversiones realizadas durante la ejecución del contrato de concesión, en los eventos en los que dicho contrato se resuelve anticipadamente. Esto de conformidad con los artículos 271.1.<sup>104</sup> y 288.1<sup>105</sup>, del TRLCSP, que establece como uno de los efectos de la resolución del contrato de concesión y de gestión de servicios públicos, la devolución por parte de la Administración del importe de las inversiones realizadas o el precio de las obras o instalaciones ejecutadas, respectivamente.

Asimismo, es necesario referirse a lo dispuesto por el artículo 271.4<sup>106</sup> del TRLCSP, disposición que guarda estrecha relación con lo establecido en el numeral 1º del mismo artículo, en cuanto faculta a la Administración para incautar la fianza y obliga al concesionario, además, a indemnizar a la entidad contratante por los daños y perjuicios causados.

#### **6.5. La aplicación de la RPA en el marco de los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP, antes de la modificación efectuada por la Disposición Final 9.8 de la Ley 40/2015.**

Para los contratos celebrados en el marco de estas disposiciones la resolución de contrato de concesión de obra y de servicio público tiene como consecuencia inmediata por parte de la Administración la obligación de reintegrar o de restituir a la concesionaria las inversiones realizadas. De esta manera, una vez resuelto el contrato, la Administración debe proceder a su liquidación y, fruto de este ejercicio, satisfacer el equivalente

---

<sup>104</sup> “**Artículo 271.1.** En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

<sup>105</sup> “**Artículo 288.1.** En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”.

<sup>106</sup> “**Artículo 271.4.** Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.

pecuniario o restituir el importe de las inversiones realizadas por el concesionario y pendientes de amortización, toda vez que la restitución *in natura*, no es posible.

Para algunos autores, esta obligación de restituir el valor patrimonial de la inversión realizada y pendiente de amortización en los supuestos de terminación anticipada del contrato no busca generar un enriquecimiento injusto de aquél que incumplió el contrato en los términos en los que se obligó, sino que como lo señala <sup>107</sup> (BOCANEGRA SIERRA, 2016),

«el pago de esta compensación «en los supuestos de resolución» (...) no es, en principio, un «regalo» del legislador, (...) sino que se debe a que en este contrato, a diferencia de lo que sucede en todos los demás contratos administrativos (en los que el contratista va cobrando su prestación a medida que la ejecuta) el concesionario ejecuta su costosa prestación al principio, a su costa, y va resarciéndose lentamente con su explotación durante el plazo concesional, de modo que una resolución sin abono del importe de la obra ocasionaría, en estricta dogmática de Derecho de contratos, un desequilibrio patrimonial e incluso –aunque es más discutible– un enriquecimiento injusto de la Administración, especialmente visible en el caso de las obras de «peaje sin sombra» (es decir, a cargo de la Administración), en el que recibiría la obra sin haberla pagado ni directamente ni a través del peaje en sombra»

Frente a esta posición, respetuosamente consideramos que si bien no se trata de un «regalo» como lo cita el doctrinante, en los eventos en los cuales la resolución del contrato obedece a causas imputables al contratista y no eximentes de responsabilidad, esta devolución no debería operar. El contratista o concesionario debería asumir las consecuencias de su incumplimiento y, si bien es claro que los bienes, obras, servicios, adecuaciones etc, que se hayan realizado, pertenecen a la Administración, lo cierto es que la no ejecución total de la obra pone a ésta en una posición completamente desventajosa y negativa frente al fin para el cual se celebró el contrato. De nada sirve, en este contexto, que pueda incautar la fianza, que de hecho ya la tiene, cuando la resolución de un contrato de concesión con los costos que tiene, le genera perjuicios mucho mayores que el monto mismo de la fianza incautada.

Por otra parte, se insiste, el contratista de una concesión conoce y acepta, al momento de la suscripción del contrato los riesgos a los que se enfrenta, máxime cuando, no es un

---

<sup>107</sup> BOCANEGRA SIERRA, R. (2016). La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato. En J. M. BAÑO LEON, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid, España : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales . (pág. 2574)



secreto, los contratistas que adelantan este tipo de infraestructuras no son, ni mucho menos, inexpertos o aprendices en el arte de contratar con el estado, -tampoco podrían serlo-, de suerte que alegar situaciones de incumplimiento imputables a la Administración y por otro lado, reclamar el pago de la RPA y, lo que es peor, que el Estado deba hacerlo, constituye un verdadero desacierto desde el punto de vista económico y legal, aun cuando, existe un soporte normativo para ello.

Ahora bien, siguiendo el símil de las luces y las sombras, no es un secreto que esta figura establece un marco jurídico que permite la financiación del proyecto al fijar una garantía en el pago de la inversión, lo que ha generado una mayor participación y colaboración público –privada para la ejecución de los contratos<sup>108</sup>, ha ido de la mano con los lineamientos dictados por la Unión Europea en materia de desarrollo, integración, crecimiento económico y, también hay que decirlo, en los eventos en los cuales los contratos se han ejecutado a cabalidad no ha sido necesaria su aplicación, pero si han permitido su apalancamiento desde el punto de vista financiero.

Finalmente, varios o quizá muchos son los problemas o para llamarlo de otro modo, las consecuencias negativas que advertimos en el presente estudio se generan para la Administración con esta figura. Para efectos de este análisis, tomamos los que consideramos mas relevantes desde el punto de vista económico y legal. Veamos:

#### **6.5.1. La garantía de devolución de las inversiones realizadas por el concesionario desconoce la teoría del riesgo como elemento central del contrato de concesión**

A lo largo de esta investigación hemos todo un análisis frente a lo que es la esencia del contrato de concesión de obra o servicio público y su elemento o característica central, la

---

<sup>108</sup> ARAUJO BARCELO, A. (2015). En La RPA en las concesiones de obra pública: ¿mito o realidad? (especial referencia a las autopistas de peaje. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2015* (pág. 5) señala que “ la importancia de la RPA dentro de la configuración de este tipo de contratos ha radicado, precisamente, en que resulta en una garantía de retorno de la inversión del proyecto aun en el caso de resolución anticipada del contrato. Esta garantía reconocida ya con toda rotundidad en nuestro ordenamiento, es la que ha facilitado la participación de las entidades financiadoras en este tipo de proyectos (generalmente sobre un derecho de prenda sobre la RPA) y en definitiva lo que ha propiciado un espectacular desarrollo de los modelos concesionales y de la colaboración público privada en nuestro país, a través del denominado Project Finance”.

asunción del riesgo y ventura en su ejecución. Así, el capítulo II se dedicó a hacer un estudio pormenorizado de esta figura y su aplicación en los contratos administrativos, concretamente, en los de concesión de obra o servicio público.

Dicho esto, el primer problema que se advierte, con la existencia de una suerte de garantía legal o contractual de recuperación de las inversiones realizadas por el contratista, es que se desconoce el principio del riesgo en la ejecución del contrato de concesión, máxime, cuando su resolución ocurre por situaciones o hechos imputables no a la Administración, sino al mismo contratista. En este punto, como se vio por ejemplo en la sentencia estudiada en el capítulo II, la Jurisprudencia ha sido clara y diáfana en cuanto a que la celebración de un contrato de concesión comporta, como no podría ser menos, la asunción de los riesgos propios de su ejecución, de suerte que, acaecido alguno de estos, no puede alegarse por el contratista como elemento eximente de su responsabilidad.

Sin embargo, del estudio de la figura de la RPA lo que se concluye es que la asunción del riesgo termina siendo asumida tácitamente por la Administración, por cuanto el contratista ejecuta el contrato y, aun cuando no lo cumpla, ve satisfecha su inversión al momento de su liquidación sin que poco o nada pueda hacer la entidad contratante, pues contractualmente ha pactado esta devolución y, adicionalmente, tiene una norma que se lo impone.

Si bien la Administración tiene a su favor la posibilidad de reclamar los perjuicios causados, en la práctica lo que se evidencia es que la mayoría de estas concesiones se encuentran en procesos concursales que además tienen unas normas independientes y no armonizadas con los eventos de resolución de los contratos por incumplimiento del contratista, lo que pone a la Administración, aun con sus prerrogativas y condición particular, en el papel de un acreedor más de esa concesión, ahora en proceso concursal, sin muchas posibilidades de recuperar ni la inversión ya pagada (RPA), ni los perjuicios causados. Es decir, nos vemos ante una absoluta y clara inversión del riesgo en detrimento de la Administración y una cómoda, si se nos permite, posición del contratista frente a ésta.

### **6.5.2. En los casos de resolución del contrato por causas imputables al concesionario, el pago por concepto de RPA representa un endeudamiento para la Administración**

El hecho de que la Administración tenga que reconocer el pago de las inversiones efectuadas por el contratista o RPA, implica un endeudamiento para ésta al verse obligada a abonar estas sumas, además, casi de manera inmediata, en los términos del inciso final del artículo 271.1<sup>109</sup>, lo que a todas luces desconoce el objetivo inicial de realizar estas obras a través de un contrato de concesión, esto es, que la financiación sea cubierta por un particular, a largo plazo y, más que nada, que su ejecución no compute como endeudamiento y de cuenta del cumplimiento del principio de estabilidad financiera<sup>110</sup>.

En efecto, tener que salir a pagar al contratista los costes en los que ha incurrido para la ejecución del contrato constituye claramente un endeudamiento para la Administración por cuanto rompe el escenario inicial o ideal con el que se celebró el contrato, esto es, su ejecución total y cabal dentro de los plazos y condiciones acordadas. Esta ejecución, en esos términos, implica para la Administración que las inversiones que se realicen sean asumidas por ese tercero y que, como contraprestación a esto, gozará durante un tiempo determinado de los réditos o beneficios que su puesta en funcionamiento genere. Entonces, ¿qué pasa cuando este escenario se ve abruptamente interrumpido con la resolución del contrato y cuando esta resolución obedece a hechos imputables al contratista? Que como está la norma del artículo 271.1 y 288.12 del TRLCSP debe entrar la Administración a asumir las consecuencias económicas de esta resolución, debe proceder a pagar la mal llamada RPA pero sin obtener la obra para cuya ejecución se celebró el contrato.

---

<sup>109</sup> “La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

<sup>110</sup> BOCANEGRA SIERRA, R. (2016). En *La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato...* señala que “No cabe duda que esta situación –la de verse obligada a abonar estas cantidades al concesionario- resulta muy poco favorable para la Administración, que se va a encontrar, en el peor momento, en el escenario que la Ley pretendió evitar a toda costa (y que, sin embargo, hace posible), es decir, el de tener que pagar una obra pública cuya construcción nunca quiso asumir como iniciativa propia sino que aceptó únicamente a través de la fórmula de la concesión de obra y, por tanto, sin coste para las arcas públicas. Tal vez por eso, hasta la fecha, el Ministerio de Fomento no solo ha tratado de ir retrasando la llegada de ese momento (que podríamos retratar como el del concesionario Sansón derribando las columnas del templo y arrastrando en su caída –la liquidación concursal- a la propia Administración), sino que ha intentado también involucrar a los acreedores (los bancos) en esquemas que aseguren la pervivencia de las concesiones, aun con reestructuración de deuda.”

Este pago, en esas condiciones se constituye en un endeudamiento para la Administración, pues va a tener que iniciar un nuevo proceso de contratación para terminar las obras o prestar los servicios, va a tener que asumir, ahí sí, las reclamaciones por la verdadera Responsabilidad Patrimonial Administrativa que se le presenten por los perjuicios que la ejecución defectuosa hubiera generado en terceros, va a tener que asumir la mora en la ejecución de las obras perjudicando así a la comunidad para la que estaban pensadas, etc, todo esto, afectando sus finanzas y constituyéndose en un endeudamiento en su contra, sin incluir, además, el desconocimiento de las Directivas de la UE en la materia.

**6.5.3. La constitución de la RPA como garantía para la financiación de los proyectos desplaza a la Administración en su condición de acreedor al momento de resolver anticipadamente el contrato y le impone la carga de la verdadera Responsabilidad Extracontractual Administrativa que se cause a terceros**

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 271.1 y el 288.1 del TRLCSP, independientemente de cual sea la causa que origine la resolución, surge la obligación para la Administración al momento de liquidar el contrato de abonar al concesionario el valor de las inversiones efectuadas y no amortizadas, esto es, el pago por concepto de (RPA). Con todo, de conformidad con el artículo 271.4, en los casos en los que la terminación anticipada del contrato se origina en hechos imputables al contratista, la Administración tendrá derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios que se le causen e incautar la fianza.

Visto así el escenario, podría pensarse que, al haberse causado unos perjuicios a la Administración, y que a su vez el contratista tiene a su favor la liquidación que surja por concepto de RPA, lo procedente sería deducir estos perjuicios de dicha liquidación, sin embargo, en la práctica, la situación cambia sustancialmente.

En efecto, atendiendo a lo señalado en los artículos 1192 y siguientes del Código Civil, debería poder compensarse las obligaciones que surgen entre una y otra parte. Sin embargo, al momento de intentar hacer esta compensación el problema que surge es que

esta denominada RPA ha sido pignorada previamente a favor de las entidades financieras como garantía para el apalancamiento financiero de la concesión, lo que genera que, al momento en que la Administración pretende compensar o imputar los perjuicios causados a esta RPA, se encuentra con que existe un crédito anterior en el tiempo que, en función de la fecha de su nacimiento, tiene prelación frente al que pretende reclamar la entidad contratante. En este contexto, de nada sirve que una de las partes del contrato goce de prerrogativas especiales como Estado pues lo que sucede es que en el escenario de la normativa concursal no existe mayor diferencia entre si, se trata de un acreedor bancario, un particular o la Administración, pues al proceso concursal todos acuden en la misma condición: acreedores de la extinta concesión.

Adicionalmente, no es extraño que atendiendo a la facultad con que cuentan, tanto la Administración como el futuro concesionario al momento de celebrar el contrato, se excluya la posibilidad de efectuar esta compensación, evento en el que serán los bancos quienes de manera inmediata hagan efectiva la garantía que tienen a su favor. En este escenario, la Administración se verá avocada a iniciar un procedimiento adicional a través del cual intente resarcir los perjuicios económicos que se le han causado, con el conocimiento, casi previo, que las resultas de ese proceso no serán, ni mucho menos, satisfactorias.

Además de lo anterior, aun cuando se haya incautado la fianza, en muchos casos los perjuicios superan el monto de la misma y deberá incluirse, por cierto, todos aquellos con los que deba cargar el Estado por los incumplimientos y afectaciones que a terceros haya podido causar el concesionario con la no ejecución de las obras. Acá si se habla, correctamente, de una Responsabilidad Patrimonial Administrativa, pero en el sentido y acepción adecuadas, esto es, la que deberá asumir la entidad frente a las reclamaciones que formulen terceros ajenos al contrato que se hayan visto afectados con la no ejecución de las obras, o con el no pago de los justiprecios a que tienen derecho.

En efecto, el caso concreto de este escenario es el pago por concepto de justiprecios por la expropiación de terrenos que deben adquirirse para desarrollar las obras concesionadas. Este pago, al ser un elemento sensible del contrato debe ser asumido por el concesionario,

así se establece en el contrato y así se acepta por éste al momento de su celebración. Sin embargo, en la práctica la realidad muestra otra cara o más bien, otra sombra. Veamos:

Resuelto el contrato de concesión se evidencia que los terrenos que han sido adquiridos para la ejecución de las obras no han sido pagados a sus propietarios expropiados. El concesionario, en este escenario, alega que estos justiprecios fueron tasados por la jurisdicción con unos costes desproporcionados y que dichos costes no fueron previstos o calculados por él al momento de la celebración del contrato, por lo que se rehúsa a efectuar dicho pago.

En este estadio, los particulares al ver afectados sus derechos por una, ahí sí, causa «imputable» a la Administración, reclama en ejercicio de la responsabilidad patrimonial Administrativa el pago de su justiprecio pues para el como ciudadano ajeno al contrato le es indiferente la relación contractual en disputa. Así pues, la entidad contratante debe efectuar este pago al tercero, pero paradójicamente, debe pagar también al concesionario el concepto de la RPA en la que se incluye igualmente un porcentaje por los topes o pagos que este hubiera hecho por este concepto antes de resolverse el contrato, es decir, debe asumir un pago, si se quiere doble, cuando contractualmente esta obligación estaba en cabeza del concesionario y cuando precisamente se celebró un contrato de concesión para no asumir ese riesgo.

Todo esto nos permite concluir que normativamente no existe una adecuada protección de los intereses de la Administración en estos eventos, o al menos no existe en el marco de las disposiciones referidas en materia de RPA, ni en los procesos concursales. Quizá en el afán de incentivar el desarrollo económico mediante la ejecución de mega construcciones, proyectos ambiciosos, que dicho sea de paso, celebramos, se ha olvidado la Ley de proteger al propio estado y de blindarlo frente a los perjuicios y riesgos que esta ejecución supone. Con todo, como se verá notas adelante, las modificaciones efectuadas a esta disposición muestran, a nuestro juicio, un panorama alentador para la Administración, aun cuando su aplicación en estricto sentido no puede aplicarse a los contratos que mayor problema generan en este momento.

#### **6.5.4. La aplicación de la cláusula de RPA en el curso de la ejecución del contrato como fundamento para su modificación, constituye un desconocimiento de la naturaleza de esta figura a la luz de los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP**

Por último, que no menos importante, aparece otra sombra en este escenario de la RPA. Esta sombra o consecuencia negativa que se advierte, dice relación con una práctica que ocurre en el curso de la ejecución del contrato y es que, aun sin haberse resuelto, algunos concesionarios pretender modificar el contrato de concesión, bien sea ampliando su plazo, o modificando las ecuaciones financieras con el fin de aumentar ya sea las tasas o los pagos que directamente se hagan por terceros o la misma Administración, amparándose en la llamada RPA.

Vale decir que esta utilización inadecuada de la figura de la RPA constituye un desconocimiento mismo de su naturaleza y esencia, pues es claro que la norma la circunscribe a los eventos el contrato se haya resuelto, valga decir, anticipadamente, de suerte que pretender utilizar esta figura para modificar o pretender garantizar una futura modificación del contrato resulta por decirlo menos, improcedente, aun en el supuesto de que esta posibilidad se haya pactado en el contrato.

#### **6.6. La indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución del contrato de concesión en vigencia de los artículos 271.1 y 288 del TRLCSP.**

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 271.1 y 288 del TRLCSP, en los supuestos de resolución del contrato, dentro del plazo de seis meses o en el que se hubiera establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la Administración está obligada a abonar al concesionario el importe por concepto de RPA.

Por su parte, el artículo 271.4 señala que, como consecuencia de la terminación anticipada del contrato por causas imputables al contratista, la Administración tendrá derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios que se le causen e incautar la fianza. Sin embargo,

como lo ha señalado la doctrina<sup>111</sup> y como se advierte de la simple lectura de la norma, el TRLCSP, antes de la introducción del artículo 271 bis, no establece un procedimiento determinado y específico para el cálculo de la indemnización que por este concepto deba abonar el concesionario a la entidad contratante, como tampoco establece ninguna conexión entre la indemnización por daños y perjuicios y la liquidación del contrato (RPA).

Con todo, nada se opone a que se pueda realizar una compensación entre una y otra cantidad, solución que evidentemente salvaguardaría los intereses de la Administración y por esta vía podría asegurar, al menos hasta el monto máximo de la RPA, el valor de los perjuicios causados por el concesionario, que en la mayoría de casos superan el monto de la fianza incautada. Sin embargo, al no existir una disposición expresa al respecto – tampoco hay alguna que lo prohíba –, lo que en la práctica sucede es que primero se hace efectivo el cobro por concepto de RPA y luego la Administración debe entrar a reclamar los daños y perjuicios que se le han causado que, como vimos notas atrás, es prácticamente imposible.

Así pues, si se hiciera la liquidación del contrato y la fijación de los daños y perjuicios causados por el concesionario de manera simultánea, tanto el contratista como la Administración podrían tener conocimiento de cuáles son los valores a los que tienen derecho por uno u otro concepto y, más que nada, no existiría una desventaja en el tiempo para la Administración entre la liquidación del contrato o RPA y la tasación y pago de la indemnización que pueda hacer el concesionario de dichos perjuicios. Afortunadamente, esta modificación se realizó, como lo veremos a continuación.

---

<sup>111</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. Valladolid, España: Lex Nova. (pág. 377)

CALATAYUD PRATS, I. (2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: La liquidación de contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. (...) (pág. 33).



## **7. CAPÍTULO IV. MODIFICACIONES EFECTUADAS A LA RPA CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 40/2015, SU INCIDENCIA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN (LCSP) DE NOVIEMBRE DE 2016 y SU ARMONÍA CON LAS DIRECTIVAS DE LA UE**

En consideración al cambio significativo que representa para el tema objeto de estudio, en este capítulo se hablará de la nueva redacción de los apartados 1 y 3 del artículo 271 del TRLCSP efectuada por la Disposición Final 9.8 de la Ley 40/2015. Asimismo, se hará mención a los artículos 271<sup>112</sup> bis y 271<sup>113</sup> ter del TRLCSP, introducidos por la Disposición Final 9 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Finalmente, se hará referencia a los artículos 278, 279 y 293 del proyecto de Ley LCSP de 26 de noviembre de 2016, normas estas que como se advierte de su lectura, guardan estrecha relación con la Directiva 2014/2013 de la UE.

### **7.1.La modificación del apartado 1º del artículo 271 del TRLCSP efectuada por la Disposición Final 9.8 de la Ley 40/2015**

La Disposición Final 9 de la Ley 40/2015 modificó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en varios aspectos relevantes en materia de contratación. Para efectos del presente análisis, una modificación significativa es la que hace el numeral octavo de esta disposición al apartado 1º<sup>114</sup> del artículo 271 del TRLCSP, numeral que corresponde a la obligación por concepto de RPA que se imputa a la Administración.

---

<sup>112</sup> “**Artículo 271 bis.** Nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración”.

<sup>113</sup> “**Artículo 271 ter.** Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración”.

<sup>114</sup> «1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En los casos en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis. En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b), c), e) y j) del artículo 269 de esta Ley.»

Este apartado establece, de manera clara y sin equivoco alguno, que la obligación de abonar el importe de las inversiones realizadas por el concesionario, por efectos de resolución del contrato, procederá cuando esta ocurra por causas **imputables a la Administración**, zanjando así la discusión en cuanto a que, con la norma anterior, existía la obligación de abonar estas inversiones sin importar que el contrato se hubiera resuelto por causas imputables al contratista, imponiendo una carga financiera para la entidad contratante que, además de todo, en muchos casos al tratarse de concesiones declaradas en proceso concursal, se veía en la imposibilidad de hacer uso del artículo 271.4, esto es, solicitar la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, máxime cuando para ello debía iniciar un proceso posterior a la liquidación y cuando, en la mayoría de casos, los perjuicios superaban el valor de la fianza incautada.

Esta norma separa, como debería ser, los eventos en los cuales la resolución del contrato se da por causas imputables a la Administración y cuando se da por causas imputables al concesionario, de suerte que ya normativamente se sabe cuáles serán las consecuencias del incumplimiento de una u otra parte. Para nosotros esta modificación esclarece y protege a la Administración en su actuar frente al contratista e igualmente protege también al concesionario en los eventos en los cuales es la Administración la que genera la resolución del contrato pues, en este evento, si le faculta para reclamar la denominada RPA.

## **7.2.La aplicación de la RPA con la expedición de los artículos 271 bis, 271 ter y 288 del TRLCSP y el procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios causados a la Administración (artículos 278 y 293 del Proyecto de LCSP de noviembre de 2016)**

Siguiendo la línea de la modificación anterior, la Disposición Final 9 de la Ley 40/2015 introduce además nuevas disposiciones en materia de resolución de contratos de concesión de obra y de servicio público contenidas en los artículos 271 bis, 271 ter y 288, que hacen expresa mención a los eventos en los cuales la resolución del contrato de concesión de obra o servicio se da por causas imputables al concesionario y establecen el procedimiento que ha de seguirse cuando deba resolverse en contrato anticipadamente.

Con estas disposiciones, así como la señalada en el numeral anterior, se diferencia claramente cuando y en qué eventos la resolución del contrato se da por causas imputables a la Administración, sus consecuencias, procedimientos indemnizatorios etc., cuándo se da por causas imputables al concesionario y, sobre todo, establece los procedimientos para efectos de adelantar un nuevo proceso de adjudicación.

De la lectura y análisis de estos artículos, frente a las disposiciones anteriores (art. 271.1 y 288), así como al contenido de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión y en el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, puede decirse, además, que estas nuevas normas buscan dar cumplimiento a dos postulados centrales:

i) Hacer una efectiva traslación del riesgo al concesionario evitando con ello que, en los eventos de resolución del contrato por hechos imputables al concesionario, la Administración tenga que asumir los costos por concepto de RPA, que esta terminación anticipada genera. ii) Regular un procedimiento que acompañe la liquidación del contrato por causas imputables al contratista, con la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración de que trata el numeral 4. del artículo 271.

En efecto, disponen los nuevos artículos, lo siguiente:

**«Artículo 271 bis. Nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.**

1. En el supuesto de resolución por causas no imputables a la Administración, el órgano de contratación deberá licitar nuevamente la concesión, siendo el tipo de licitación el que resulte del artículo siguiente. La licitación se realizará mediante subasta al alza siendo el único criterio de adjudicación el precio.

En el caso que quedara desierta la primera licitación, se convocará una nueva licitación en el plazo máximo de un mes, siendo el tipo de licitación el 50 % de la primera.

El adjudicatario de la licitación deberá abonar el importe de ésta en el plazo de dos meses desde que se haya adjudicado la concesión. En el supuesto de que no se abone el citado importe en el indicado plazo, la adjudicación quedará sin efecto, adjudicándose al siguiente licitador por orden o, en el caso de no haber más licitadores, declarando la licitación desierta. La convocatoria de la licitación podrá realizarse siempre que se haya incoado el expediente de resolución, si bien no podrá adjudicarse hasta que éste no haya concluido. En todo caso, desde la resolución de la concesión a la apertura de las ofertas de la primera licitación no podrá transcurrir un plazo superior a tres meses.

Podrá participar en la licitación todo empresario que haya obtenido la oportuna autorización administrativa en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 263.

2. El valor de la concesión, en el supuesto de que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, será el que resulte de la adjudicación de las licitaciones a las que se refiere el apartado anterior.

En el caso de que la segunda licitación quedara desierta, el valor de la concesión será el tipo de ésta, sin perjuicio de la posibilidad de presentar por el concesionario originario o acreedores titulares al menos de un 5 % del pasivo exigible de la concesionaria, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que quedó desierta, un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación, en cuyo caso el valor de la concesión será el importe abonado por el nuevo comprador.

La Administración abonará al primitivo concesionario el valor de la concesión en un plazo de tres meses desde que se haya realizado la adjudicación de la licitación a la que se refiere el apartado anterior o desde que la segunda licitación haya quedado desierta.

En todo caso, el nuevo concesionario se subrogará en la posición del primitivo concesionario quedando obligado a la realización de las actuaciones vinculadas a las subvenciones de capital percibidas cuando no se haya cumplido la finalidad para la que se concedió la subvención.

2. El contrato resultante de la licitación referida en el apartado 1 tendrá en todo caso la naturaleza de contrato de concesión de obra pública, siendo las condiciones del mismo las establecidas en el contrato primitivo que se ha resuelto, incluyendo el plazo de duración.»

Esta disposición va de la mano con lo dispuesto por el nuevo artículo 271 ter que establece:

**«Artículo 271 ter. Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.**

Para la fijación del tipo de la primera licitación, al que se refiere el artículo 271 bis se seguirán las siguientes reglas:

a) El tipo se determinará en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos.

Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

b) El instrumento de deuda que sirve de base al cálculo de la rentabilidad razonable y el diferencial citados podrán ser modificados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

c) Los flujos netos de caja futuros se cuantificarán en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. No se incorporará ninguna actualización de precios en función de la inflación futura estimada.

d) El valor de los flujos de caja será el que el Plan General de Contabilidad establece en el Estado de Flujos de Efectivo como Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación sin computar en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios.

e) Si la resolución del contrato se produjera antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70 % del importe equivalente a la inversión ejecutada. A estos efectos se entenderá por inversión ejecutada el importe que figure en las

últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido».

Por su parte, **«El apartado 1º del artículo 288 del TRLCSP queda redactado de la siguiente manera:**

«1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a) y b) del artículo 223 de esta Ley».

De la lectura de estas normas lo primero que se evidencia es que establecen el procedimiento que se ha de seguir en caso de resolución por causa no imputable a la Administración o, lo que es lo mismo, por causa imputable al concesionario y fijan en un solo acto el procedimiento de liquidación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración compensándose de forma automática las cantidades resultantes de una y otra, modificación que a todas luces consideramos positiva en la medida en que permite hacer realmente efectiva la disposición contenida en el artículo 271.4 del TRLCSP en lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración.

Por otra parte, en cuanto al procedimiento que se establece en el artículo 271 bis, se evidencia un verdadero cambio en cuanto a que, si bien se efectúa un nuevo contrato con un tercero, este nuevo concesionario se subroga en la posición del concesionario inicial o incumplido, y el contrato que se celebre tendrá las mismas características del contrato resuelto, incluyendo plazo y duración.

Ahora, con estas nuevas disposiciones sí que es evidente el traslado del riesgo como elemento determinante del contrato de concesión y como ese riesgo se traslada al concesionario en los casos de resolución del contrato por hechos imputables a éste, ya que resuelto el contrato incumplido, la Administración deberá licitar nuevamente la concesión en una subasta siendo el único criterio de adjudicación el precio y con la consecuencia de que, el valor que se llegare a pagar a este concesionario será el resultante de dicha subasta.

En efecto, el valor de la concesión será el que resulte de la subasta, lo que implica que, si se paga menos por el valor de las inversiones realizadas, será un riesgo que deberá asumir el contratista saliente o incumplido. A esto hay que adicionarle lo dispuesto por el artículo 271 ter, literal a), en lo que respecta al precio de salida de la subasta y al hecho de que, de declararse la subasta, la Administración solo deberá abonar, como máximo, el 50% del valor de la concesión, trasladándose de forma plena el riesgo al concesionario, cumpliendo así con las disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y en el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

Esta nueva modificación permite zanjar una de las dificultades que se evidencian en el presente estudio con la aplicación de los artículos 271.1 y 271.4, antes de la entrada en vigencia del artículo 271 bis, en cuanto a que, en la práctica, el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración con ocasión de la terminación anticipada del contrato por causas imputables al concesionario era prácticamente inviable.

Como se anotó en el capítulo anterior, al no existir un procedimiento que permitiera adelantar conjuntamente este resarcimiento de perjuicios y la liquidación del contrato o RPA, la Administración cumplía con su obligación de abono al concesionario de la RPA, pero se veía imposibilitada para reclamar sus perjuicios pues, como se ha dicho, en la mayoría de casos las concesiones estaban en proceso concursales y, por el contrario, era la Administración la que salía a responder por los perjuicios que el incumplimiento del contrato causara a terceros (verdadera responsabilidad patrimonial de la Administración).

En cambio, con la introducción del nuevo artículo 271 bis se permite a través de la celebración de un nuevo contrato, o contrato de reemplazo, similar o idéntico al incumplido que pueda satisfacer directa o indirectamente su interés<sup>115</sup>.

Con todo, aun cuando se considera acertada esta nueva disposición, existen sin embargo algunos doctrinantes<sup>116</sup> que encuentran desmedida esta modificación y que consideran gravosa su aplicación para los intereses del concesionario que incumplió el contrato a considerar que en este nuevo marco legal la restitución al concesionario se haría a coste cero. No estamos de acuerdo con esta posición en la medida en que, es precisamente ese riesgo el que asume el contratista al celebrar un contrato de concesión y, además, esta medida va a generar quizá un freno en la, si se quiere, relajada o cómoda posición del concesionario incumplido.

En nuestro sentir esta posición olvida que con el nuevo procedimiento se realiza de manera simultánea la liquidación o restitución de las inversiones a que hubiera lugar a favor del concesionario y fija la cuantía de los daños ocasionados a la Administración, que además circunscribe esta restitución a los eventos en los cuales la resolución se da por causas imputables a la Administración, zanjando así el vacío del artículo 271.1 del TRLCSP, en cuanto en lo que tiene que ver con la existencia, o no, de responsabilidad por parte del concesionario.

Con esta modificación el concesionario incumplido tendrá que atenerse a las resultas de la subasta que será la que determinará el valor que se le habrá de abonar, decisión que se considera acertada si se tiene en cuenta que los hechos que dieron origen a la resolución del contrato son imputables a él y no tiene sentido que la Administración continúe

---

<sup>115</sup> CALATAYUD PRATS, I. (enero de 2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público... (pág. 29), Dice: "Se entiende por negocio de sustitución o reemplazo aquél celebrado por el acreedor que resuelve el contrato original con el fin de satisfacer su interés de cumplimiento, esto es, de obtener una prestación sustituta de la inicialmente pactada. Es un negocio celebrado en exclusivo interés de acreedor de la indemnización, pero a costa del deudor incumplidor"

<sup>116</sup> BOCANEGRA SIERRA, R. (2016). La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato. En J. M. BAÑO LEON, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid, España : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales . (pág. 2581)

soportando los perjuicios generados por causa del concesionario sin que pueda, de alguna manera, revertir esta situación.

### **7.3. Vigencia de la Disposición final novena de la Ley 40 de 2015**

Finalmente, es necesario hacer mención a la aplicación de los artículos 271 bis, 271 ter y 288, en cumplimiento de lo dispuesto por la<sup>117</sup> Disposición transitoria cuarta. «Régimen transitorio de las modificaciones introducidas en la disposición final novena», de la Ley 40 de 2015, según la cual, «Lo dispuesto en la disposición final novena será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición». A este respecto, la Disposición final decimoctava. «Entrada en vigor» en su numeral 1º establece que los puntos uno a once de la disposición final novena –en los que se incluyen los citados artículos- entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».<sup>118</sup> Esta norma fue publicada en el BOE no. 236 de 02 de octubre de 2015, por lo que su vigencia, para los presentes temas, empezó a partir del 22 del mismo mes y año.

Esta disposición si bien imposibilita su uso para las concesiones que presentan los mayores inconvenientes, por efecto de su estricta temporalidad en su aplicación, si permite que a futuro esta aplicación del artículo 271 bis establezca en un solo procedimiento y de forma obligatoria la necesidad de efectuar una subasta con la que se puedan compensar los daños y perjuicios causados a la Administración y por otro, el

---

<sup>117</sup> “Lo dispuesto en la disposición final novena será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

<sup>118</sup> “1. La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción del punto cuatro de la disposición final quinta, de modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de los puntos uno a once de la disposición final novena, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y la disposición final decimosegunda, de restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas que entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», y el punto doce de la misma disposición final novena, que lo hará a los seis meses de la citada publicación en el «Boletín Oficial del Estado”.



abono de las inversiones a favor del concesionario o pago por RPA, si hay lugar a ello. Vale decir que aun cuando estas modificaciones ya están vigentes, se ratifican en el proyecto de Ley de modificación de contratos de noviembre de 2016, por lo que en nuestro sentir su aplicación será mas que acertada y beneficiosa para la Administración.

## 8. CONCLUSIONES

1. Es innegable la importancia que la contratación estatal tiene en el desarrollo de un país y en la ejecución de sus políticas públicas, crecimiento económico, generación de empleo y satisfacción de necesidades básicas de la comunidad y la importancia que la participación de la empresa privada tiene en este proceso. Con todo, es necesario atemperar y mirar con cuidado y detenimiento cuáles son reales beneficios que para la Administración comporta este proceso de colaboración público-privada, frente a los perjuicios que pueden generarse con dicha colaboración, en los eventos en los que estos procesos no se adelanten con la debida planificación, asunción de riesgos y distribución equitativa de los mismos.
2. La celebración de un contrato estatal supone la persecución de un fin primordial para el Estado: la protección y satisfacción de los intereses públicos. En este orden de ideas, cuando la administración contrata con un particular, espera que éste ejecute y cumpla con lo acordado y con ello satisfaga o mejore la necesidad que dio origen al negocio jurídico, de suerte que su resolución o terminación anticipada constituye un perjuicio para la Administración, máxime cuando ésta se origina en causas imputables al contratista y cuando no existen mayores herramientas o, las que existen son insuficientes para resarcir dichos perjuicios.
3. En los eventos en los cuales se genera la resolución del contrato de concesión en el marco de los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP, -antes de la modificación incluida por la Ley 40 de 2015-, independientemente de que la causa que genera dicha resolución sea imputable, o no al concesionario, la Administración está obligada a reconocer el pago por concepto de RPA. Esta disposición desconoce, en nuestro sentir, el principio del riesgo y ventura que está obligado a asumir el contratista con la ejecución del contrato. La aplicación de la RPA para los casos en los cuales el contrato se resuelve por causas imputables al contratista constituye una inversión de este principio en perjuicio de la Administración.

4. Sin bien el artículo 271.4 del TRLCSP establece expresamente que, en los eventos en los cuales la resolución del contrato se da por causas imputables al concesionario, «le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada», lo cierto es que al no establecerse un procedimiento conjunto, que permita que una vez resuelto el contrato y efectuada la liquidación del mismo, se haga una compensación de la RPA y los perjuicios que se le generan a la Administración con ocasión de la terminación anticipada, termina siendo la Administración la que asume las consecuencias negativas de esta resolución, desde el punto de vista económico y legal.
5. Aun cuando no existe un impedimento legal de compensar los perjuicios causados por el concesionario a la Administración con la resolución del contrato cuando las causas son imputables a él, lo cierto es que antes de la modificación introducida por la ley 40 de 2015 existía un vacío normativo al respecto y este procedimiento no se hacía de manera conjunta como debería ser. Lo que sucedía, o sucede aun para los contratos regidos por esta norma, es que efectuada la liquidación del contrato y dentro del término de seis meses, o antes si se pactó contractualmente, la Administración debe abonar el valor por concepto de RPA a favor del concesionario, dejando para un trámite posterior la liquidación y pago, si es posible, de los perjuicios que se le hayan causado, sin que este trámite logre tener mayor éxito para la Administración.
6. En el contexto de los contratos en los que se aplican las normas relativas a la RPA consagradas en los artículos 271.1 y 288.1 del TRLCSP, no puede hablarse de un verdadero contrato de concesión en el que el *riesgo y ventura* son un elemento de su esencia pues, en la práctica, lo que se advierte es que con la aplicación de esta cláusula el contratista tiene asegurada la recuperación de su inversión, aun sin cumplir con el contrato y aun habiendo generado su terminación anticipada, independientemente de que haya constuido una fianza que garantice el contrato, pues como analizamos, esta fianza en la mayoría de casos no cubre los perjuicios que se le causan.

7. El pago que hace la Administración por las inversiones efectuadas por el contratista o RPA, implica un endeudamiento para el Estado, lo que desconoce el objetivo inicial de realizar estas obras a través de un contrato de concesión, esto es, que la financiación sea cubierta por un particular, a largo plazo y, más que nada, que su ejecución no compute como endeudamiento y de cuenta del cumplimiento del principio de estabilidad financiera y vaya en sintonía con las Directivas de la Unión Europea al respecto.
8. Quizá en el afán de incentivar el desarrollo económico mediante la ejecución de proyectos estructurales de gran magnitud que, dicho sea de paso, celebramos, se ha olvidado la Ley de proteger al propio Estado y de blindarlo frente a los perjuicios y riesgos que esta ejecución supone. Estos riesgos se ven puntualmente materializados cuando, como en el caso bajo estudio, la Administración se ve obligada a pagar sumas como la RPA aun habiéndose resuelto el contrato por causas imputables al contratista y, no puede, por su parte, reclamar la indemnización de los perjuicios que esta terminación anticipada le causa, pues se enfrenta a procesos concursales, concesiones liquidadas y en quiebra, acreedores de toda índole y además de todo, debe responder por los perjuicios que esta terminación anticipada haya causado a terceros.
9. Existe una clara falta de diligencia de los futuros contratistas de concesión de obra o servicio en el estudio y análisis de los procesos previos a la celebración de los contratos, pues es evidente que en muchos casos se presentan ofertas excesivamente generosas o con exceso de confianza que luego no pueden rentabilizarse; asimismo, se advierte un poco o deficiente análisis de los pliegos presentados por la Administración previos a la contratación; una imprudente asunción de riesgos que luego no pueden ser asumidos por el concesionario y que mas tarde se pretende sopesar con modificaciones al contrato que de alguna manera «ajusten» los errores u omisiones cometidas en la planeación del contrato.

- 10.** De parte de la Administración, existe también una falta de mayor diligencia y cuidado en la elaboración de los estudios de factibilidad de las obras que se van a contratar; mayor diligencia en la elaboración de los pliegos definitivos de contratación; mayor atención a los principios esenciales de la contratación pública, concretamente, el principio de *necesidad e idoneidad del contrato* que le permitan evaluar la verdadera necesidad de celebrar el contrato y que no se ponga en riesgo la estabilidad financiera y que resulte ser más gravosa su ejecución por un tercero que por la misma Administración.
- 11.** Las nuevas Directivas de la UE en materia de contratación estatal, particularmente, la Directiva 23 de 2014 constituye, a nuestro juicio, un avance significativo en materia de contratos de concesión de obra o servicio público en cuanto define, de manera clara y contundente, el contrato de concesión y lo dota de características puntuales en lo que tiene que ver con la asunción del riesgo, además incluye elementos adicionales como el riesgo operacional y determina expresamente que este será a cargo del concesionario. Con todo, esto no significa que la totalidad de los riesgos deban ser asumidos por el contratista, sino que obliga, no solo a la Administración sino al contratista, a efectuar en cada caso, un estudio pormenorizado y juicioso que determine objetivamente cuál debe ser la distribución de los riesgos y quién debe asumirlos y en qué proporción.
- 12.** Las modificaciones efectuadas a las normas en cuanto al procedimiento de cobro y compensación de la RPA con las nuevas Directivas de contratación estatal de la UE y las incluidas por la ley 40 de 2015, muestran, a nuestro juicio, un panorama alentador para la Administración, aun cuando su aplicación en estricto sentido no opere para los contratos que mayor problema generan en este momento, debido a la expresa disposición que se hace de su entrada en vigencia.
- 13.** Finalmente, consideramos positivo igualmente las disposiciones que sobre la materia tiene el proyecto de ley de reforma a la contratación estatal de noviembre de 2016, pues replica casi de manera idéntica las modificaciones efectuadas por la Ley 40 de 2015 y recoge los postulados de la Directiva 23 de 2014 de la UE.

## 9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCOCEA CANTOS, A. (2015). Las nuevas directivas en materia de contratación pública. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo* (1a edición ed., págs. 28-45). Thomson Reuters .

ARAUJO BARCELO, A. (2015). La RPA en las concesiones de obra pública: ¿mito o realidad? (especial referencia a las autopistas de peaje. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2015* (págs. 2-57).

ARIÑO ORTIZ, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid, España: INSTITUTO DE ESTUDIOS ADMINISTRATIVOS.

ALBATE, D., BEL GERMÀ y BEL-PIÑANA PAULA. (2015). Tropezando dos veces con la misma piedra: Quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios. *Revista de Economía Aplicada*, XXIII(67), 131-152.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2008). La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. En *Revista de Administración Pública* (176), 89-113.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista* (2a ed.). Valladolid, España: Lex Nova.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2015). Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: Resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma normativa. En *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. En *Revista de Administración Pública* (196), 61-95.

BOCANEGRA SIERRA, R. (2016). La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato. En J. M. BAÑO LEON, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (págs. 2573-2581). Madrid, España : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .

CANO CAMPOS, T. (2013). La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista. En *Revista Española de Derecho Administrativo* (159), (págs. 1-26)

CALATAYUD PRATS, I. (enero de 2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: La

liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. En *Revista General de Derecho Administrativo* (44), (págs. 1-35)

CASARES MARCOS, A. B. (2012). Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la Autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3a, Sección 7a, Recurso Contencioso Administrativo núm. 566/2008). En T.-R. FERNÁNDEZ, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial* (págs. 917-944). Cizur Menor: Civitas.

DIEZ PICASO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Patrimonial* (Vol. II). Madrid, España: Civitas.

ESTEVE PARDO, J. (2017). *Lecciones de Derecho administrativo* (7a ed.). Madrid, España: Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1950). Riesgo y Ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. En *Revista de Administración Pública*(2), 83-108.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. I). Pamplona, España: Aranzadi, SA.

GARCÍA -TREVIANO, E. (1996). *La resolución del contrato administrativo de obra*. Madrid, España: Montecorvo, S.A.

GARCIA-TREVIANO, E. (2002). *El régimen de las garantías en la contratación administrativa* (2a edición ed.). Madrid, España: Civitas.

GARCÍA-TREVIANO, E. (2013). Las garantías de la contratación y las responsabilidades a las que están afectas: Función e incautación. En *La Contratación Pública: Problemas Actuales* (págs. 205-220). Madrid, España: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2012). Riesgo y Ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011. En T.-R. FERNÁNDEZ, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial* (págs. 1313-1331). Cizur Menor: Civitas.

GIMENO FELIU, J. (2014). Concesiones y colaboración con el sector privado. el sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia. En *VIII jornadas nacionales de derecho de la competencia*. (págs. 1 a 25).Barcelona.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2016). La problemática de la contratación pública de la crisis. En F.L. HERNÁNDEZ, *El impacto de la crisis en la contratación pública (España, Italia y Francia)* (págs. 21-28). Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2016). La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico. En F.L. HERNÁNDEZ *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*. Aranzadi.

JIMENEZ APARICIO, E. (2015). Comentarios a la legislación de contratación pública. Pamplona, España: Aranzadi, SA.

MONEDERO MONTERO, J. I. (2015). Cuestiones sobre la RPA. En M. A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2015* (págs. 1-37).

PAREJO ALFONSO, L. (2009). *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público* (Vol. 3). Barcelona, España: Bosch.

RUIZ OJEDA, A. (2006). *La concesión de obra pública*. Cizur Menor : Thomson Civitas.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012). *Derecho Administrativo Parte General* (8a ed.). Madrid, España: Tecnos.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017). *Derecho Administrativo Parte General* (13a ed.). Madrid, España: Tecnos.

SILVAN OCHOA, P. (2015). Liquidación de contratos de concesión de autopistas de peaje y responsabilidad patrimonial de la administración concedente. En, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*. T. R. Provieu (Ed.) (1a ed., págs. 2-52).

VARCARCEL FERNANDEZ, P. (2015). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general. En *El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales*.(págs. 78 a 125)

YÁÑEZ DÍAZ, C. (2013). La garantía definitiva en la legislación de contratos públicos. Su problemática incautación en la doctrina de los Consejos Consultivos. En T. CANO CAMPOS, *La contratación pública: problemas actuales* (pág. 249). Madrid, España: Consejo Consultivo Comunidad de Madrid.

## **NORMAS**

### *Normativa europea*

- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.



- Reglamento (UE) no 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

#### *Normativa estatal*

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.
- Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

#### **JURISPRUDENCIA**

##### TRIBUNAL SUPREMO

- TS de 12 de mayo de 2016 ( RJ/2016/3459)
- TS de 28 de enero de 2015 (RJ/2015/2012)
- TS de 16 de mayo de 2011 ( RJ/2011/4351)
- TS de 16 de mayo de 2011 (RJ/2011/14351)

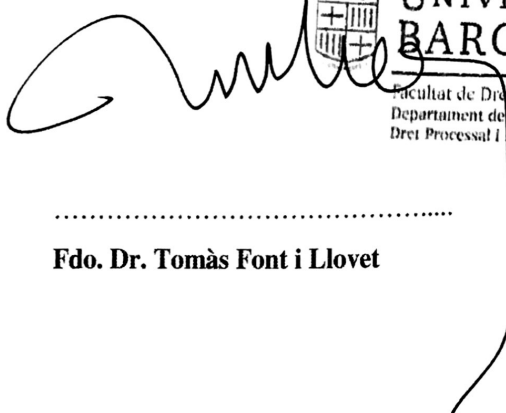

**TRABAJO FIN DE MASTER DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS**

**MEJA**

**AUTORIZACIÓN DE LA PRESENTACIÓN DEL TRABAJO**

Dr. D. **TOMÀS FONT I LLOVET** Prof. del Departamento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, como tutor de la alumna del Trabajo de Fin de Máster de Estudios Jurídicos Avanzado – Meja: **ADRIANA VIVAS MONTAÑO** que lleva por título **LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA Y SUS EFECTOS EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA**, matriculado en el 2do. Semestre del curso 2016 – 2017 autorizo su presentación para ser evaluado para la Comisión Evaluadora que se designe.

Barcelona, 12 de septiembre de 2017

  
 **UNIVERSITAT DE BARCELONA**  
Facultat de Dret  
Departament de Dret Administratiu,  
Dret Processal i Dret Financer i Tributari

.....  
**Fdo. Dr. Tomàs Font i Llovet**